

**LE INSANABILI ANTINOMIE DELLA TORTURA.
MODELLI DI VERITÀ E SIGNIFICATO DEL DOLORE
NELLA QUAESTIO PER TORMENTA MEDIEVALE**

di Michele Pifferi

(Professore ordinario di storia del diritto medievale e moderno,
Università degli studi di Ferrara)

SOMMARIO: 1. Il reato di tortura tra silenzi normativi e nuovi discorsi legittimanti. - 2. Fallace ma necessaria: le antinomie della tortura medievale. - 3. Tortura e *inquisitio*. - 4. Modelli di *veritas* e legittimazione della tortura. - 5. Confessione giudiziale e sacramentale. - 6. La tortura come pratica di potere tra verità storica e verità di coscienza. - 7. Il corpo e l'iconografia del dolore tra passato e presente.

1. L'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano è stata criticamente accolta dalla dottrina, la quale ha rilevato le incongruenze della nuova disciplina con il divieto di tortura previsto dal diritto internazionale¹ ed ha biasimato il legislatore per aver elaborato una fattispecie che, con la previsione di un reato comune, non solo si discosta dalla nozione della Convenzione ONU del 1984, ma soprattutto pare voler nascondere i casi di tortura istituzionale accertati nella nostra storia recente². Invece di rafforzare le tutele per le vittime, l'art. 613bis Cp sembra ispirato dalle ragioni che nel dibattito statunitense sulla guerra al terrorismo globale hanno portato a rilegittimare pubblicamente la tortura. Il ricorso alla violenza sul corpo sarebbe giustificato più che dalla convinzione di estorcere informazioni utili a fini investigativi, da «finalità punitive e ritorsive, ovvero di deterrenza, per lanciare un messaggio di analogo terrore, combattere il fuoco con il fuoco»³.

Dopo l'attentato dell'11 settembre le posizioni di Alan Dershowitz, in particolare, e di altri autorevoli giuristi americani, tra cui il giudice della corte d'appello Richard Posner, hanno aperto una discussione non solo sulla possibilità di ricorrere a forme di interrogatorio con *non-lethal torture* nei confronti di sospetti terroristi ed in casi

* Il saggio rielabora la relazione presentata al Convegno dell'Associazione Franco Bricola "Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura" tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Ferrara il 9-10 marzo 2018; ringrazio Elio Tavilla per gli utili commenti su una versione provvisoria del manoscritto.

¹ Cfr. P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *DPenCont*, 10/2017, 181 ss.

² A. Pugiotto, *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura (Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017)*, in *QuadCost.*, 2018, 1 ss.

³ E. Zucca, *Chiamatela come volete: è sempre tortura. La legge italiana, tra cattivi maestri e principi delle Convenzioni*, in *StudiQuestCrim*, 2018, 70.

estremi come il paradigmatico *ticking bomb*, ma anche sull'opportunità di proceduralizzare, e dunque ammettere nell'ordinamento, tali pratiche. La riflessione di Dershowitz muove dalla constatazione che in molti paesi occidentali la tortura, nonostante l'assoluto divieto legislativo, è praticata *di fatto* in casi estremi da parte di ufficiali delle forze armate che si muovono nella più assoluta discrezionalità: mentre normativamente essa continua ad essere un tabù, è tuttavia ipocritamente accettata, secondo una logica di *willful blindness* che «with no limitations, standards, principles, or accountability»⁴ rischia solo di estenderne l'utilizzo. Invece che fingere di non vederla per preservare la purezza abolizionista, meglio sarebbe accettarne la possibile occorrenza ma giuridicizzarla, trasferire la scelta sul suo impiego da funzionari operativi a decisori che ne siano responsabili giuridicamente e politicamente. Di qui la proposta di un *torture warrant* rilasciato preferibilmente dal giudiziario, espressione tipica di un potere indipendente che offre garanzie nel bilanciamento di sicurezza e libertà individuale, capace altresì di assicurare *accountability* e *neutrality*, ed idoneo, infine, a rendere democraticamente trasparente – e dunque legittimo – il processo decisionale che ne fonda l'utilizzo⁵. Sempre in una prospettiva di realismo politico che rompe l'assolutezza del divieto, al controllo giudiziale Posner ritiene comunque preferibile la discrezionalità di organi esecutivi per evitare una legalizzazione della tortura che rischierebbe di regolarizzarla, e crede sia comunque meglio «to leave in place the customary legal prohibitions, but with the understanding that of course they will not be enforced in extreme circumstances»⁶.

Nonostante le critiche serrate a tali tesi, fondate su argomenti logici filosofici morali e giuridici⁷, è innegabile che il dibattito innescato dal giurista statunitense abbia nuovamente costretto la cultura giuridica, anche italiana, a confrontarsi con il tema della tortura, ad affrontarne il dilemma della 'pensabilità' giuridica rispetto alla pratica applicazione, a reinterrogarsi sul fondamento delle ragioni abolizioniste. Non conta tanto la pretesa di scoprire la verità, ormai delegittimata da secoli di retorica abolizionista e screditata dalle scoperte delle neuroscienze, quanto la volontà di rappresentare la forza 's-vincolata' e 's-regolata' dello Stato quando la sicurezza è minacciata: nella lotta al nemico la tortura assume un significato simbolico che ne rende indispensabile la visibilità, l'ostentazione, la rappresentazione. L'iter parlamentare di approvazione della legge 110/2017 rivela come il discorso giuridico sulla tortura e la sua eventuale

⁴ A. Dershowitz, *Tortured Reasoning*, in *Torture. A Collection*, ed. by S. Levinson, Oxford 2004, 265.

⁵ A. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven 2002, 131-164; A. Dershowitz, *Tortured Reasoning*, cit., 257-280.

⁶ R.A. Posner, *Torture, Terrorism, and Interrogation*, in *Torture. A Collection*, cit., 291-298.

⁷ Cfr. ad es. E. Scarry, *Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz*, in *Torture. A Collection*, cit., 281-290; M.H. Kramer, *Alan Dershowitz's Torture-Warrant Proposal: A Critique*, in *RivFilDir*, 2015, 283 ss.

giustificazione o rifiuto si fondino su una struttura triangolare che coinvolge perpetratore, vittima e spettatore: senza la convinzione dell'osservatore che la violenza sulla vittima sia necessitata e dunque accettabile, il perpetratore diviene un tiranno⁸. Il dibattito recente, anche nel nostro paese, riporta d'attualità la domanda sulla (impossibile) legittimazione dei tormenti⁹, sulle ragioni profonde, radicate nella mentalità e poi espresse nei discorsi giuridici, che portano una società a considerare accettabile una pratica così violenta e disumana, a prescindere dalla sua idoneità a scoprire la verità. Si è sostenuto, ad esempio, che il sentimento di paura collettiva suscitato dalla minaccia terroristica sia oggi alla base della 'accettabilità' della tortura, della possibilità stessa di parlarne, di vederla, di ammetterla se 'a fin di bene'¹⁰. Il tema, evidentemente, non è nuovo, e sollecita la riflessione storica: sembra utile tornare a riflettere sull'esperienza paradigmatica della *quaestio* medievale per verificare quali ragioni la rendessero tollerabile o necessaria.

2. È noto che la tortura giudiziaria rappresenti uno strumento fondamentale del processo penale medievale. Dai testi classici ai contributi più recenti, la storiografia ha mostrato come l'imputato potesse essere sottoposto a tormenti *ad eruendam veritatem*, per estorcerne la confessione o per costringerlo, in violazione della regola di derivazione romanistica, a rivelare i nomi dei complici¹¹. Nel XVI secolo, momento di massima diffusione del rito inquisitorio, dottrina e giudici ammettevano senza esitazione anche la tortura dei testimoni¹². L'istituto, tuttavia, è caratterizzato da profonde contraddizioni tanto sul piano teorico della legittimazione quanto su quello pratico dei modi di utilizzo. I presupposti e le condizioni per poter ricorrere alla *quaestio per tormenta* erano minuziosamente e rigorosamente definiti nelle *practicae criminales*, nei

⁸ A. Zamperini, M. Menegatto, F. Vianello, *La questione tortura in Italia*, in *StudiQuestCrim*, 2018, 16.

⁹ Cfr. M. Lalatta Costerbosa, *Diritto o violenza. L'impossibile legalizzazione della tortura*, in *StudiQuestCrim*, 2018, 25 ss.

¹⁰ Il riferimento è in particolare alla serie televisiva di grande successo *24* ed al suo protagonista Jack Bauer; cfr. S. Zizek, *The depraved heroes of 24 are the Himmlers of Hollywood*, in *The Guardian*, 10.01.2006; M. Danner, *Now That We've Tortured. Image, Guilt, Consequence*, in *Torture. Power, Democracy and the Human Body*, ed. by S. Biswas and Z. Zalloua, Seattle 2011, 46 ss.; H. Neroni, *The Subject of Torture. Psychoanalysis and Biopolitics in Television and Film*, New York 2015, 95 ss.

¹¹ Cfr. ad es. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Milano 1953 e vol. II, Milano 1954; M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln 2000; G. Chiodi, *Tortura 'in caput alterius', confessione 'contra alios' e testimonianza del correo nel processo criminale medievale. Nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di A. Padoa Schioppa e D. Mantovani, Pavia 2014, 673 ss.

¹² Cfr. L. Garlati, *Il "grande assurdo": la tortura del testimone nelle pratiche d'età moderna*, in *ActaHistriae*, 2011, 81 ss.

tractatus e nei *commentaria*¹³, ma «è come se il tentativo della dottrina di dare una patina di legalità alla tortura fosse vanificato dall'inosservanza, da parte dei giudici, delle regole individuate dagli stessi *doctores*»¹⁴.

La distanza tra *law in books* e *law in action* in tema di interrogatorio per tortura sembra massima, eppure la storiografia valorizza, specie in un confronto diacronico con il presente, «gli argini, seppur fragili» eretti dalla dottrina¹⁵ e contestualizza nella cultura medievale la comprensibilità dell'ossimoro «“giusta tortura”»¹⁶, mostrando anche le concrete possibili ricadute delle «garanzie difensive imposte dal diritto naturale»: i vincoli della *citatio-defensio* e degli indizi sufficienti per sottoporre a tortura erano strumenti con cui i giuristi «speravano di imbrigliare i regnanti e i loro funzionari in una ragnatela di norme giuridiche»¹⁷. Nonostante la «separazione tra la *tortura praticata*, quella che arrivava a violare la stessa legalità che le accordava l'esistenza, e la *tortura regolata*», sembra paradossalmente di poter individuare nell'apparato di regole, invalidità o nullità procedurali elaborate dalla dottrina per contenere lo strapotere del giudice nell'utilizzo della *quaestio* «uno dei luoghi di incubazione di alcuni

¹³ W. Ullmann, *Reflections on Medieval Torture*, in *JRev*, 1944, 123 ss., individua tra le «restrictive rules which the judge was bound to adhere to» (p. 125) in particolare tre requisiti di validità della tortura: la prova piena che il reato fosse stato commesso; il ricorso alla tortura solo come *extrema ratio* dopo aver inutilmente esperito tutti gli altri mezzi di prova possibili, ed infine, più importante di tutti, l'esistenza di sufficienti elementi probatori presuntivi (*indicia sufficientia, argumenta verisimilia et probabilia*).

¹⁴ L. Garlati, *Per una storia del processo penale: le pratiche criminali*, in *RivStDirIt*, 2016, 93. Un esempio di come la dottrina critichi gli eccessi nel ricorrere alla tortura da parte di giudici 'insaziabili del sangue dei propri fratelli', è in J. Damhouder, *Practica rerum criminalium*, Lugduni 1558, cap. XXXVI *De criminoso tradendo torturae*, n. 13, 96: «Sunt tamen nonnulli praetores, et Iudices sanguine fraterno adeo inexaturabiles, ut illico quemvis malae famae virum, citra ulla certa argumenta aut indicia corripiant ad saevissimam torturam, inclementer dicentes, cruciatum facile ab illis extorturum rerum omnium confessionem»; nello stesso senso, in precedenza, cfr. Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis 1590, (D. 48.18 22) *De quaestionibus, l. Qui sine*, f. 183 ra, n. 1: «Imo dico hic, quod sunt quidam iudices stulti, qui statim cum habent indicia contra reum, cogunt eum ad confitendum. Certa hoc non debet fieri, quia condemnarent eum ex indiciis et suspicionibus sed debent adhibere tormenta cum moderamine, et ex istis veritatem investigare, et ita iam feci pluries fieri, sed si habita non inveniebatur verum, absolvebam eum, et hoc faciebam scribi in actis, habita tortura cum moderamine, non reperi eum culpabilem, et hoc ne tempore syndicus possit dici, tu debuisti eum torquere».

¹⁵ L. Garlati, *Per una storia del processo penale*, cit., 109.

¹⁶ M. Damaška, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in *Crim*, 2012, 41.

¹⁷ M. Damaška, *La ricerca del giusto processo*, cit., 56, 65. Damaška analizza un *consilium* di Farinaccio nel quale il criminalista romano insiste sulla inutilizzabilità di confessioni ottenute illegittimamente. Insiste sull'efficacia nella prassi delle regole che disciplinano e limitano il ricorso alla tortura anche K. Pennington, *Torture and Fear: Enemies of Justice*, in *RivIntDirCom*, 2008, 203 ss.

aspetti del moderno garantismo», un «argine di tipo garantistico»: «i giuristi escogitarono limiti invalicabili e regole impegnative per il potere, che costituirono la tortura come il luogo per eccellenza della “garanzia”»¹⁸.

La criminalistica del diritto comune, che sempre richiama il noto detto di Ulpiano secondo cui la tortura è «res fragilis et periculosa et quae veritatem fallat»¹⁹, contribuisce a rafforzare il paradosso dell'istituto, ammettendone l'utilizzo senza mai metterne in discussione la legittimità ma riconoscendone chiaramente, nello stesso tempo, l'illogicità euristica, la non attendibilità probatoria²⁰ e l'inumanità. Benedict Carpzov, ad esempio, inizia la sua riflessione sulla tortura spiegandone la necessità in termini di utilità pubblica: «quia multum Reipublicae interest, crimina puniri, hominesque facinorosos e medio tolli», non conviene assolvere chi non confessa il proprio delitto o chi non può essere condannato in base a prove piene e legittime, ma «omnibus modis laborandum erit, quo veritas detegatur: id quod per tormenta commodissime fieri potest, ac solet»²¹. La giustificazione utilitaristica, tuttavia, non impedisce al giurista tedesco di riconoscere come non vi sia «nihil tam crudele et inhumanum, quam hominem ad imaginem Dei conditum tormentis lacerare et quasi excarnificare»²²; la tortura produce un «damnum irreparabile», poiché se anche il torturato può guarire dalle ferite, «nunquam tamen haec macula tollitur, quemadmodum nec virginitas semel corrupta aut castitas amissa revera restitui potest»²³. Se dal dolore fisico dei tormenti si può guarire, la disumanizzazione e l'annichilimento della persona provocano ferite interiori indelebili. Eppure, nonostante tali manifeste consapevolezze, e malgrado gli

¹⁸ M. Sbriccoli, «*Tormentum id est torquere mentem*». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. Maire-Vigueur e C. Paravicini Bagliani, Palermo 1991, 17 ss., ora in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, II, Milano 2009, 111 ss., citaz. 126-127.

¹⁹ D. 48.18.1.23 *De officio proconsulis*. Bartolo, *op.cit.*, *De quaestionibus, l. In criminibus, § Quaestioni* (D. 48.18.1.23), f. 178 va, dopo aver osservato che secondo alcuni «fragilis est confessio facta per tormenta», mentre per Alessandro da Imola la confessione sotto tortura «debet esse validior», distingue tre casi: quando l'imputato è sottoposto a tormenti per accertare fatti che riguardano lui solo, «tunc est validior confessio facta sine tormentis, quam cum tormentis»; quando, viceversa, è interrogato su questioni che riguardano esclusivamente altre persone, «tunc est validior confessio cum tormentis»; quando, infine, «torquetur in se, et in alium simul, tunc debilior est confessio in tormentis».

²⁰ Damhouder, *op. cit.*, c. XXXIX *De Confessione Rei in Tortura*, n. 4, 118: «Quandoquidem saepenumero compertum est Reos ex torturae intolerabili cruciatu, et ex desperatione saepe audacter confessos quae ne cogitarint quidem unquam: nedum opere compleissent».

²¹ B. Carpzov, *Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium*, Pars III, Wittebergae 1665, Quae. CXVII *De Tortura, ut et generibus ac gradibus Tormentorum*, n. 1, 152. Cfr. sul punto anche U. Falk, *Zur Folter im deutschen Strafprozeß. Das Regelungsmodell von Benedict Carpzov (1595-1666)*, (20.6.2001), in *ForHistJur*, <https://forhistiur.de/2001-06-falk/>, specie nn. 17 ss.

²² B. Carpzov, *op. cit.*, n. 3, 152-153.

²³ B. Carpzov, *op. cit.*, n. 4, 153.

abusi diffusi in tutta Europa e i non pochi esempi di innocenti ingiustamente condannati per confessioni estorte sotto tortura, «suadente necessitate, quo veritas exquiratur, tormenta adhibenda sunt»²⁴.

Come ogni altro aspetto del processo inquisitorio, così anche la tortura è interamente rimessa all'arbitrio del giudice: «Quaestionandi torquendi ratio tota consistit in Iudicis arbitrio, prudentia, et pietate, ut eam scilicet, pro suo arbitratu et iudicio adhibeat, aut durius, intensius, aut remissius»²⁵. All'apprezzamento del giudice è rimessa la valutazione degli indizi sufficienti, del tipo di tormento da utilizzare e dell'intensità, dei soggetti da esentare, della opportunità di rinnovare la tortura per il sopraggiungere di nuovi indizi, della possibilità di condannare ad una pena *extra ordinem* in caso di mancata ratifica della confessione resa sotto i tormenti, di assolvere sotto condizione sia prima di aver esperito la tortura, sia dopo, in caso di mancata confessione o ratifica²⁶. L'ambiguità concettuale e le incertezze pratiche della *quaestio* richiedono ampi margini arbitrali, proprio quando la posizione dell'accusato sembra perdere ogni tutela o garanzia. È per compensare questa sproporzione delle forze in gioco che i giuristi insistono sul fatto che il ricorso necessario all'*arbitrium* non deve significare un'eccezione o un conflitto con la logica giuridica²⁷: «tamen tale eius arbitrium, discretio, et conscientia debent esse iuri et aequitati consona, alias robore proculdubio carerent» – afferma Damhouder con riferimento alla discrezione del giudice nel pesare gli *indicia ad torturam* –, poiché quando si riconosce al giudice la *potestas* di decidere *secundum arbitrium*, «nequaquam debet sequi proprium arbitrium, vel propriam discretionem atque conscientiam, sed publicam, quae est regulata et reformata secundum leges et

²⁴ B. Carpzov, *op. cit.*, n. 8, 153.

²⁵ Così J. Damhouder, *op. cit.*, c. XXXVII *De quaestione, sive tortura*, n. 1, 106, riprendendo un'opinione comune; sulla tortura nell'opera del giurista fiammingo cfr. D. Ragazzoni, «*De quaestione sive tortura*» nella *Praxis rerum criminalium di Damhouder: coscienza, giustizia e diritto nel Cinquecento europeo*, in *ArchStCult*, 2013, 35 ss.

²⁶ Diffusamente su tali aspetti v. M. Meccarelli, *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa: Il punto di vista dottrinale (secolo XVI)*, in *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, sous la direction de B. Durand, avec la collaboration de L. Otis-Cour, Vol. I, Lille 2002, 677 ss.; B. Durand, *Arbitraire du juge et droit de la torture: l'exemple du conseil souverain de Roussillon, (1660-1790)*, in *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, vol. 10, 1979, 141 ss.

²⁷ Così M. Meccarelli, *op. cit.*, 690.

canones»²⁸. Il giudice che non rispetta questi limiti, che non agisce con prudenza, giustizia e moderazione *ex animo vere Christiano*, diviene *tyrannum*²⁹, paradigma negativo del potere dispotico e crudele che minaccia la coesione dell'ordine sociale³⁰.

3. Scomparsa nel periodo altomedievale, caratterizzato dal ricorso alle prove ordaliche per risolvere le controversie, la tortura ritorna ad essere teorizzata ed utilizzata a partire dal XIII secolo con il diffondersi del rito inquisitorio. Espressione tipica di una giustizia di tipo egemonico³¹ che vede nella commissione di ogni reato la lesione di un interesse pubblico meritevole di essere risarcito con l'inflizione di una pena retributiva e deterrente³², l'interrogatorio finalizzato ad estorcere la confessione rappresenta un utilissimo strumento a disposizione del giudice per impedire che i reati (specie quelli più gravi) restino impuniti³³ e che l'ordine politico sia perciò minacciato e indebolito. Il ritorno della tortura giudiziaria si inserisce, dunque, nella trasformazione del paradigma processuale che passa da un 'ordine isonomico', tipico dell'*ordo iudiciarius* ela-

²⁸ J. Damhouder, *op. cit.*, c. XXXVI *De Indiciis Tortura condignis, hoc est ad Torturam sufficientibus*, n. 3., 98.

²⁹ Cfr. ad es. J. Damhouder, *op. cit.*, c. XXXVII, *De Quaestione, sive Tortura*, nn. 2-3, 106: «Verum pii clementisque iudicis fuerit hic erga patientem semper commiseratione moveri (...) ut hac in re verum, prudentemque Iudicem agat, non tyrannum referat».

³⁰ Sulla figura del tiranno in età medievale, cfr. D. Quagliani, *Politica e diritto nel trecento italiano: il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato, 1314-1357 (con l'edizione critica dei trattati De guelphis et gebellinis, De regimine civitatis e De tyranno)*, Firenze 1983; da ultimo *Tiranni e tirannide nel Trecento italiano*, a cura di A. Zorzi, Roma 2013.

³¹ Secondo una fortunata espressione di Mario Sbriccoli, la diffusione dell'*inquisitio ex officio* a partire dal XIII secolo segna il passaggio da un modello di giustizia *negoziata*, gestita da offeso e offensore e perlopiù orientata ad una transazione o a un risarcimento economico, ad una giustizia *egemonica*, gestita da giudici ed apparati, regolamentata da una dettagliata e razionale procedura, basata sulla raccolta di prove a carico dell'accusato e finalizzata all'inflizione della pena: cfr. ad es. M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff e A. Zorzi, Bologna 2001, 345 ss.; M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002, 163 ss.; M. Sbriccoli, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *QuadFior*, 1998, 231 ss., ed ora rispettivamente in Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, cit., II, 1223-1245; I, 3 ss., specie 4-12; I, 73 ss.

³² Cfr. R.M. Fraher, *Preventing Crime in the High Middle Ages: The Medieval Lawyers' Search for Deterrence*, in *Popes, Teachers and Canon Law in the Middle Ages*, ed. by J.R. Sweeney and S. Chodorow, Ithaca and London 1989, 212 ss.

³³ Sul fine della punizione del colpevole come criterio guida della giustizia penale bassomedievale cfr. R. Fraher, *The theoretical justification for the new criminal law of the high Middle Ages: "Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita"*, in *UILLRev*, 1984, 577 ss.

borato da canonisti e civilisti nell'età della glossa, ad un ordine 'asimmetrico' caratteristico invece dell'età bassomedievale³⁴. Il primo si basa sulla dialettica aristotelica, ha come condizione l'eguaglianza tra governanti e governati e tra cittadini e giudici, rifiuta ogni forma di violenza fisica (ad esempio il duello, a maggior ragione la tortura) o verbale perché inconciliabile con la ricerca della verità pratica, assume una concezione della prova come *argumentum* fondata sulla persuasione in opposizione al metodo dimostrativo del ragionamento scientifico, è guidata dalla logica del probabile legata alla tradizione topico-retorica, e prevede che il giudice, per non violare il suo dovere di neutralità e imparzialità, non possa esercitare alcuna supplenza nella prova dei fatti (*iudex non potest in facto supplere*), ma svolga proprio per questo un ruolo chiave di tipo 'costituzionale' come controllore del legislatore³⁵. Entro tale modello, corrispondente – volendo semplificare – ad un tipo processuale accusatorio, la tortura evidentemente non trova alcuno spazio di legittimità, non è pensabile né praticabile, poiché si esclude per principio l'esistenza di una verità oggettiva, fattuale, da dimostrare o, tanto meno, da scoprire forzando la confessione dell'imputato.

Dalla seconda metà del XIII secolo si afferma, invece, un ordine processuale asimmetrico nel quale il giudice ha una posizione privilegiata: tale modello pretende di garantire rapidamente e in ogni caso la decisione sul fatto incerto; ha come fine la difesa della società e la punizione del reo; adatta il metodo probatorio all'idea che esista una sola verità (materiale o formale), con il passaggio da una concezione argomentativa ad una concezione dimostrativa della prova ispirata ad un approccio scientifico-sperimentale; considera il processo non il luogo della comunicazione e del dialogo ma dell'informazione e del calcolo. Il presupposto logico-filosofico dell'esistenza di una verità oggettiva, che può e deve essere dimostrata conosciuta scoperta, favorisce naturalmente la diffusione dell'*inquisitio*, e conseguentemente, attribuisce un ruolo fondamentale alla confessione come *regina probationum*³⁶, equiparata all'evidenza del *notorium* entro il sistema delle prove legali che – assieme alla regola di giudicare *secundum alligata et probata*³⁷ – viene costruito come bilanciamento all'esteso potere arbitrario

³⁴ Cfr. A. Giuliani, *Prova (fil. dir.)*, in *ED*, XXXVII, 1988, specie 518-547; A. Giuliani, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *RDPr*, 1988, 598 ss.; A. Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *SocDir*, 1986, 81 ss.

³⁵ A. Giuliani, *Prova*, cit., 536: «L'ordo iudiciarius – considerato come il modello della procedura razionale nelle decisioni pratiche poteva apparire un fattore di equilibrio nel costituzionalismo medioevale. Il processo rappresenta la *Magna Charta* dei diritti del cittadino; il primato dell'ordo è nella sua extrastatualità, in quanto i suoi principi non dipendono dalla volontà del legislatore, ma dalla retorica e dall'etica».

³⁶ Cfr. P. Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994; P. Fiorelli, *Confessione (dir. rom. e interm.)*, in *ED*, VIII, 1961, 864 ss.

³⁷ Sulla formazione e il significato di tale regola cfr. K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum alligata non secundum conscientiam iudicat*, München 1967; A.

del giudice sia nella ricostruzione del fatto, sia nella conduzione del processo³⁸. Pure l'ordine asimmetrico, tuttavia, concepisce il processo come dimostrazione razionale del fatto oggetto di giudizio, e dunque la violenza dei tormenti costituisce anche in esso un elemento spurio, un paradosso, la confessione estorta è «una imbarazzante contraddizione»³⁹ che smentisce la pretesa indiscutibile coerenza del ragionamento probatorio⁴⁰.

L'ammissibilità della tortura anche nel diritto canonico ne accentua ulteriormente il carattere antinomico. Il processo penale dell'ordinamento della Chiesa conosce nel corso del XIII secolo – anticipando e definendo elementi essenziali di quello che sarà poi il processo romano-canonico dello *ius commune* – una trasformazione orientata ad un più efficace controllo verticistico e ad una più incisiva efficacia repressiva delle eresie. È con Innocenzo III e il IV Concilio Lateranense del 1215 che si realizza una sorta di 'rivoluzione' nell'inchiesta ecclesiastica contro illeciti commessi da membri del clero, finalizzata, *in primis*, a rendere la giustizia più efficiente nell'individuazione e punizione dei colpevoli attraverso l'introduzione dell'*inquisitio*⁴¹; a rafforzare, in seconda istanza, un controllo ed un indirizzo gerarchico delle decisioni attraverso l'istituzione di un giudizio d'appello; a rendere, infine, l'intera procedura più razionale, dandole un fondamento di legittimità e correttezza con l'abolizione del *iudicium Dei*⁴². Secondo una lettura tradizionale, la previsione della tortura nel diritto canonico sarebbe, indirettamente, una ricaduta di tale accentramento verticistico del potere tradottosi nell'elaborazione di regole processuali finalizzate all'infalibile punizione del

Padoa-Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de Jean-Marie Carbasse, Laurence Depambour-Tarride, Paris 1999, 95 ss.; per la discussione della regola nella criminalistica del Cinquecento sia consentito rinviare a M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Milano 2006, 336 ss.

³⁸ Cfr. G. Alessi, *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979; sugli ampi margini dell'*arbitrium iudicis in criminalibus*, cfr. M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, specie 195 ss.

³⁹ P. Marchetti, *op. cit.*, 79.

⁴⁰ Cfr. A. Giuliani, *Prova, cit.*, 541: «Paradossalmente la parentela della confessione con la categoria dell'evidenza giustifica il ricorso alla coazione fisica e alla tortura nel caso di un'evidenza imperfetta: un sistema di prove razionali rappresenta il sostituto dell'onniscienza del giudizio divino».

⁴¹ L'*inquisitio* è prevista ufficialmente come ulteriore metodo di avvio del processo e di raccolta delle prove per supplire ai limiti dell'*accusatio*, della *denunciatio* e del *notorium*; cfr. W. Trusen, *Der Inquisitionprozess. Seine historische Grundlagen und frühen Formen*, in *ZRG KA*, 1988, 168 ss.; P.V. Aimone, *Il processo inquisitorio: inizi e sviluppi secondo i primi decretalisti*, in *Apoll*, 1994, 591 ss.; per una sintesi M. Pifferi, *Diritto comune e inquisitio ex officio*, in *Dizionario dell'Inquisizione*, a cura di A. Prosperi, Pisa 2010, 492 ss..

⁴² R. Fraher, *IV Lateran's Revolution in Criminal Procedure: The Birth of Inquisitio, the End of Ordeals, and Innocent III's Vision of Ecclesiastical Politics*, in *Studia in Honorem Em. Card. Alphonsi M. Stickler*, a cura di R.I. Castillo Lara, Roma, 1992, 97 ss.

trasgressore ed orientate alla dimostrabilità della colpa anche nei reati più gravi o difficili da provare; più in particolare, sarebbe una conseguenza della netta condanna dell'ordalia da parte della Chiesa⁴³.

Con la formalizzazione innocenziana dell'*inquisitio*, modello poi adottato anche nelle corti laiche e diffusosi ovunque per consuetudine come metodo per perseguire quasi ogni tipo di reato⁴⁴, il passaggio da una concezione immanente di giustizia, irrazionale e primitiva, che chiama in causa l'epifania della volontà divina nei segni naturali per provare il fatto indagato, ad una giustizia che si basa su una procedimentalizzazione razionale del conflitto, si affida a giudici di professione ed esprime in regole il volere dell'autorità politica, porta con sé la sostituzione delle prove ordaliche con la tortura per ottenere la confessione⁴⁵. Interpretazioni più recenti hanno sottolineato come, nonostante la loro intuitiva stretta relazione, ordalia e tortura giudiziale – pur differenti perché solo nella seconda l'accusato è costretto a parlare – vadano compresi non come strumenti di prova e verifica di un fatto (spesso già noto o accertato), ma come metodi per sgravare la coscienza del giudice del peso morale del giudizio⁴⁶. Al di là delle diverse tesi sulla sua ragione giustificatrice, tuttavia, il fatto che la Chiesa ammetta il ricorso alla tortura giudiziale resta di per sé una insanabile contraddizione (morale oltre che giuridica), visto che «nel primo millennio di sua vita, la Chiesa aveva costantemente osteggiato la tortura»⁴⁷ ed in considerazione delle *auctoritates* che l'avevano, con toni diversi, criticata⁴⁸.

⁴³ In questo senso, cfr. ad es., L. Chevailler, *Torture*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VII, Paris 1965, 1293 ss., specie 1297 s.

⁴⁴ Cfr. M. Sbriccoli, «*Vidi communiter observari*», cit.; M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, cap. I, 19 ss.

⁴⁵ In questo senso cfr. J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancient Régime. With a New Preface*, Chicago-London 2006, 7: «Actually, judicial torture may not have seemed to contemporaries to be very far from the ordeals. Both were physically discomfiting modes of procedure ordered by the court upon preliminary showing of cogent incriminating evidence, usually circumstantial evidence. In this sense, the ordeals may have helped suggest and legitimate the system of judicial torture that displaced them»; J.H. Langbein, *The Legal History of Torture*, in *Torture. A Collection*, cit., 94; E. Peters, *Torture (Expanded Edition)*, Philadelphia 1999, 40 ss.; D. Foyer, *Regards théologique sur la torture (période scolastique)*, in *La torture judiciaire*, cit., 367 s.: «la lutte entreprise par l'Église contre la pratique de l'ordalie, et qui aboutit à son éviction complète, ait corrélativement favorisé l'usage de la torture dans les procédures judiciaires.

⁴⁶ È la chiave di lettura proposta da J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven-London 2008, 99 ss., 120 s. per i riferimenti ai rapporti tra ordalia e tortura.

⁴⁷ P. Fiorelli, *La tortura*, I, cit., 75.

⁴⁸ Pur con diversità di argomenti e di posizioni, che vanno dalla netta condanna, allo scetticismo, alla raccomandazione ad un utilizzo moderato ma in certi casi necessario, sono, ad esempio, Tertulliano, Cassiodoro, Gregorio Magno e Nicolò I; cfr. Fiorelli, *La tortura*, II, cit., 211 ss.; M. Schmoeckel, *La survivance de la torture après la chute de l'Empire romain jusqu'à l'aube du Ius Commune*, in *La torture*

Il discorso della cultura giuridica medievale sulla tortura sembra, in sostanza, reggersi su un'incoerenza logica di fondo: si riconosce la fallibilità conoscitiva dello strumento, ma se ne ammette comunque l'impiego, anzi, di più, si elabora una fitta e dettagliata rete di regole che ne devono governare l'utilizzo e la valenza probatoria limitandone, al tempo stesso, gli abusi. L'interrogatorio sotto tormenti rappresenta l'elemento di chiusura, o se si vuole l'*extrema ratio*⁴⁹, di un sistema inquisitorio nel quale ogni mezzo di prova che può contribuire alla dimostrazione della verità è ammesso: quando la certezza sul fatto non è ancora stata raggiunta e quando «*aliis probationibus veritas non possit haberi*»⁵⁰, si preferisce ricorrere ad un metodo coscientemente irrazionale e non attendibile come il *tormentum* piuttosto che rinunciare all'accertamento (supposto) della verità. Il paradosso pare evidente: pur di arrivare ad una *veritas* che, come un dato reale e oggettivo, può e deve essere scoperta, si accetta di trovarla o confermarla, se gli altri ordinari mezzi di prova non sono sufficienti, con uno strumento della cui razionalità e affidabilità euristica tutti dubitano. Su che cosa si fonda, allora, la tenuta di tale paradosso? Quale giustificazione culturale e giuridica consente alla tortura di diventare il segno distintivo dell'*inquisitio* – quasi una *sineddoche* del processo penale medievale – nonostante la sua riconosciuta irragionevolezza? La risposta va cercata, a mio avviso, non nell'immagine – storicamente poco plausibile – di un medioevo violento o assuefatto al dolore⁵¹, ma nella polivocità del concetto giuridico-processuale di *veritas* e nel significato simbolico-religioso attribuito alla sofferenza del corpo (ed alla sua rappresentazione) in particolare nel martirio.

4. «*Quaestio est veritatis inquisitio per tormenta*»⁵²: la tortura è uno strumento per scoprire la verità quando le altre prove, testimoniali o indiziarie, non consentono

judiciaire, cit., 320 ss.; sulla posizione ambigua di sant'Agostino, cfr. in particolare A. Houlou, *Le droit pénal chez saint Augustin*, in *RevHistDrFrÉtr*, 1974, 16 ss.

⁴⁹ «Rimedio estremo» – ricorda M. Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., 96 – «da applicare in caso di persone particolarmente malfamate e incolpate da presunzioni violentissime».

⁵⁰ Tale è, secondo Giovanni d'Andrea, *In quintum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis 1581, *De regulis iuris*, c. VI *Cum in contemplatione*, n. 5, f. 161, uno dei due requisiti perché si possa sottoporre l'imputato a tortura; l'altro è «*quod indicia super illo facto praecedant*»; analogamente Alberico da Rosate, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Venetiis 1573, «*Tormentum*», 820, richiama Giovanni d'Andrea e la *communis opinio doctorum* secondo la quale «*duo requiruntur ad procedendum ad torturam: quod veritas alteri haberi non possit. Nam tormentum infertur causa investigandi veritatem in subsidium (...) Secundo requiritur quod praecedant aliqua indicia, sive praesumptiones, vel semiplenae probationes*».

⁵¹ Per una critica di questa lettura della società medievale cfr. ad es. L. Tracy, *Torture and Brutality in Medieval Literature*, Cambridge-Rochester 2012.

⁵² Giovanni d'Andrea, *op. cit.*, *De regulis iuris*, c. VI *Cum in contemplatione*, n. 4, f. 161.

una *probatio plena*. L'impossibilità di condannare senza la convinzione della colpevolezza e l'impegno al *ne delicta remaneant impunita* obbligano il giudice a ricorrere a tutti gli strumenti possibili per ricostruire la verità. Ma quale idea di *veritas* si può raggiungere attraverso il processo? In che modo la *quaestio*, con tutti i dubbi e le ambiguità che la caratterizzano, può contribuire alla certezza giuridica del fatto e della responsabilità?

Secondo san Tommaso, la giustizia umana, indipendentemente dal modello processuale, non può che tendere ad una verità *probabilis*⁵³. Il giudice terreno ha mezzi limitati di conoscenza, e «in actibus enim humanis, super quibus constituuntur iudicia et exiguntur testimonia, non potest haberi certitudo demonstrativa, eo quod sunt circa contingentia et variabilia»: è, dunque, sufficiente una «*probabilis certitudo, quae ut in pluribus veritatem attingat, etsi in paucioribus a veritate deficiat*»⁵⁴. Data l'impossibilità di giungere ad una «*infallibilis certitudo*», non si deve disprezzare la certezza che «*probabiliter haberi potest per duos vel tres testes*»⁵⁵: le prove processuali, anche quelle più attendibili come le testimonianze conformi di due o tre testimoni, non portano né ad una verità assoluta, indubitabile, che solo Dio può conoscere, né ad una certezza dimostrativa di tipo scientifico. Costretta entro i limiti naturali dell'imperfetta conoscenza umana di fatti e atteggiamenti passati, la verità processuale può sperare di avvicinarsi il più possibile alla verità storica, sapendo, però, di non poterla raggiungere.

Nell'accusatorio la verità è costruita nel processo, attraverso il confronto dialettico tra le parti con *positiones*, *intentiones* e argomentazioni: non è un dato certo da scoprire che storicamente precede il *processus*, ma il risultato relativo della comunicazione e del dialogo entro le regole dell'*ordo iudiciarius*⁵⁶; è l'esito artificiale di un processo retorico di determinazione agito dalle parti in posizione di parità, nel quale è essenziale il rispetto formale delle regole di validità e «più che la *veritas* dei fatti sembra contare la coerenza del racconto; o meglio la rispondenza dei fatti narrati a un basilare principio d'identità e non contraddizione»⁵⁷. Nell'inquisitorio, invece, la *ratio* che muove il giudice in ogni sua azione è proprio che «*habet inquirere (...) de criminis*

⁵³ Cfr. A. Laingui, *L'ordo iudiciarius selon Saint Thomas*, in *L'educazione giuridica. VI – Modelli storici della procedura continentale*, t. I, *Profili filosofici, logici, istituzionali*, Napoli 1994, 33 ss.; P. L'Hermite-Leclercq, *La torture judiciaire chez Thomas d'Aquin*, in *La torture judiciaire*, cit., 337 s.

⁵⁴ San Tommaso, *Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 70, art. 2, n. 1.

⁵⁵ San Tommaso, *op. cit.*, art. 2 ad 1.

⁵⁶ Cfr. A. Giuliani, *Osservazioni sulla procedura nel metodo dialettico: dalla tradizione aristotelica a quella medioevale*, in *L'educazione giuridica. VI*, cit., 27 ss.; cfr. anche M. Vallerani, *Il diritto in questione. Forme del dubbio e produzione del diritto nella seconda metà del Duecento*, in *StuMed*, 2007, 27 ss.

⁵⁷ M. Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., 89.

veritate»⁵⁸. La *veritas* è assunta come un fatto oggettivo, reale, storico, che deve essere scoperto nel/dal processo: non è il prodotto artificiale dalla contesa discorsiva tra accusa e difesa, ma un dato extra- e pre-processuale che il giudice deve, con ogni sforzo e utilizzando tutti i mezzi probatori consentiti, riuscire a disvelare, a rendere palese. Tuttavia, anche entro la logica dell'*inquisitio*, il concetto di *veritas* da scoprire assume significati diversi e deve essere relativizzato: può essere assorbito nello *scandalum* e coincidere concettualmente con la *fama* del fatto, come nel caso delle decretali innocenziane che istituiscono l'*inquisitio*; può coincidere con la *culpa* dell'imputato nel penale pubblico descritto da Gandino; può essere – per così dire – presupposta, già data all'inizio del *processus* invece che scoperta al termine dell'inchiesta, in caso di processi politici in età comunale⁵⁹.

5. Foucault ha insistito sull'aspetto politico del processo medievale come nuova tecnica di esercizio del potere: la sostituzione della prova ordalica con l'*inquisitio* non può essere spiegata solo in termini di progressiva razionalizzazione dei rapporti giuridici, poiché l'indagine è «una forma di potere-sapere», ovvero «una forma politica, di gestione, di esercizio del potere che, per mezzo dell'istituzione giudiziaria, passò ad essere, nella cultura occidentale, un modo di autenticare la verità, di acquisire cose che dovevano essere considerate come vere, e di trasmetterle»⁶⁰. Da un modello conoscitivo disputativo, proprio del confronto-scontro tra armi retoriche, con l'inquisizione

⁵⁸ Guglielmo Durante, *Speculum iudiciale. Pars tertia et quarta*, Lugduni 1544, Rub. *Ad inquisitionem quaestionem quando sit procedendum*, f. 22, n. 15; cfr. anche Alberto da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin 1926, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, n. 17, 47 «Item, quia inquisitio maioris est efficacitiae tam ratione iudicis quam cause veritatis, unde preferenda». La ricerca della *veritas* come fine e giustificazione dell'*inquisitio* è l'elemento centrale delle decretali di Innocenzo III che formalizzano tale modello processuale; sul punto cfr. M. Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., 35 s.

⁵⁹ Così, con argomentazioni convincenti, M. Vallerani, *Modelli di verità. Le prove nei processi inquisitori*, in *L'enquête au Moyen Âge, études réunies par Claude Gauvard*, Rome 2008, 123 ss. C. Ginzburg, *Stregoneria e pietà popolare. Note a proposito di un processo modenese del 1519*, in C. Ginzburg., *Miti emblemici spie. Morfologia e storia*, Torino 1986, 3 ss., con riferimento all'uso della tortura nei processi alle streghe, descrive lo «sforzo del giudice di far coincidere la confessione dell'imputata con la verità che egli già possiede»; se, tuttavia, è evidente che le confessioni delle imputate sono dovute alla tortura e che l'interrogatorio è «una tecnica che tende a strappare all'imputato ciò che l'inquisitore crede fermamente essere la verità», occorre anche riconoscere come nel processo si realizzi «un incontro, a livelli diversi, tra inquisitori e streghe» e come l'influenza esercitata dal giudice nell'indurre le risposte attraverso i tormenti non sia totale, «in alcuni casi essa non riesce a far sì che la strega abdichi del tutto alla volontà dell'inquisitore, cosicché si può dire che la confessione dell'imputata finisca per costituire una sorta di compromesso tra l'imputata stessa e il giudice» (citaz. 14 s.; 20).

⁶⁰ M. Foucault, *La verità e le forme giuridiche*, Napoli 2007, 101.

si passa ad un modello che presuppone la pre-esistenza di una verità da accertare e confermare solennemente attraverso il processo. In questa prospettiva assume un'importanza fondamentale la confessione, solo strumento capace di rivelare con certezza le verità più nascoste ed intime di azioni e pensieri individuali⁶¹. Il tema è centrale se si pensa che lo scopo principe dell'*inquisitio* – almeno nel suo momento costitutivo – è il contrasto dei comportamenti ereticali, reati e nello stesso tempo peccati perlopiù *facti transeuntis*, che non lasciano traccia visibile e permanente nel mondo reale e si sostanziano prima di tutto in una 'deviante' convinzione. Non è un caso, dunque, che vi siano sovrapposizioni tra *confessio iudicialis* e *confessio sacramentalis*, così come tra confessore e inquisitore.

La legittimità della tortura, metodo di coercizione della confessione giuridica, risente necessariamente del significato religioso e simbolico che la pratica della confessione penitenziale assume per la Chiesa e per il fedele nel corso del medioevo. Al di là delle contaminazioni tra *forus fori* e *forus poli*⁶², interessa qui insistere sulla ricerca e comunicazione della verità come scopi essenziali e comuni dei due tipi di confessione. Nella *confessio delicti*, esempio di *confessio iudicialis* quando il giudice procede «per inquisitionem ex motu officio iudicis: et tunc si factum est notorium vel infamia flagrat. vel quando semiplene probatum est» – ovvero i casi in cui dottrina e fonti ammettono il ricorso ai tormenti – l'imputato «tenetur respondere veritatem sub pena mortalis peccati»⁶³. Così anche nella *confessio sacramentalis*, «quod est legitima coram sacerdote suorum peccatorum declaratio», il penitente deve dire la verità «nam sicut sententia sic confessio qua generat sententiam debet esse certam». Perché sia legit-

⁶¹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976, 41-44.

⁶² La Chiesa, in special modo dopo la Riforma, vede nella combinazione di inquisizione e confessione la strategia per mantenere il monopolio sul controllo delle coscienze; l'«incontro importante per ambedue questi strumenti di controllo e di disciplina sociale» portò a confondere i due piani del processo e della confessione, a sovrapporre pena e penitenza e a mescolare competenze e ruoli tra inquisitore e confessore; sul punto cfr. L. Kéry, *Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln 2006, 257-264, 448-456; A. Prosperi, *L'inquisitore come confessore*, in *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, a cura di P. Prodi, Bologna 1994, 187 ss.; A. Prosperi, *La confessione e il foro della coscienza*, in *Il concilio di Trento e il moderno*, a cura di P. Prodi e W. Reinhard, Bologna, 1996, 225 ss.; V. Lavenia, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna 2004; P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000; con riferimento al dibattito nella penalistica del Cinquecento rinvio a Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., 284 ss.; cfr. anche O. Condorelli, *Le origini teologico-canonistiche della teoria delle leges mere poenales (secoli XIII-XVI)*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 3: Straf- und Strafprozessrecht*, Köln 2012, 55 ss.

⁶³ Angelo Carletti da Chivasso, *Summa Angelica de casibus conscientie*, Hagenaw 1505, f. XL ra. incipit.

tima, la confessione dei peccati deve rispettare alcune condizioni, che i teologi – emulando il doppio esametro mnemonico divulgato nel Duecento dal canonista Tancredi nel suo *Ordo iudiciarius*⁶⁴– condensano nei versi «sit simplex humilis confessio pura fidelis. Atque frequens nuda: discreta libens verecunda. Integra secreta: lachrymabilis accelerata. Fortis et accusans et sit parere parata»: per *fidelis* si intende «vera: ut nihil de falsitate admisceatur», per *nuda* «non involuta verborum obscuritate» e per *integra* «ut nullum retineat»⁶⁵. Certamente vi sono differenze tra la confessione giudiziale e quella sacramentale⁶⁶; un rilevante dato comune consiste, tuttavia, proprio nella capacità di entrambe di portare alla luce la *veritas*, di rivelare le vere intenzioni, la vera coscienza del reo-peccatore. Ma è, soprattutto, il comune rapporto tra dolore del corpo e verità dell'anima l'elemento che più interessa per dare senso alla tortura giudiziaria: la verità risiede nel corpo ma appartiene all'anima, realtà che la teologia medievale considera come distinte seppur collegate⁶⁷. Il male fisico serve a forzare la volontà individuale che però resta integra, immune dal dolore; il *tormentum* del corpo porta a *torquere mentem*, costringere la volontà, forza l'anima a rivelarsi⁶⁸, ma senza intaccarla, senza corromperla, senza tradirla per effetto del dolore, perché, appunto, la sofferenza della *quaestio*, così come quella della penitenza imposta dal confessore, colpisce solo il fisico involucro esterno lasciando intatte l'anima e la volontà⁶⁹.

⁶⁴ P. Fiorelli, *Confessione*, cit., 867 s.

⁶⁵ Angelo Carletti da Chivasso, *Summa Angelica*, cit., f. XL va-b, n. 1.

⁶⁶ Mentre l'autore che confessa un delitto è dichiarato colpevole dal giudice, il fedele che rivela il suo peccato è assolto dal confessore; mentre il giudice crede all'imputato solo nella misura in cui incolpa se stesso e non quando si difende (basti ricordare in proposito il sospetto di falsità che porta a ripetere la tortura fino a tre volte se l'accusato continua, anche sotto tormenti, a dichiararsi innocente), il confessore crede sempre al penitente; cfr. sul punto S. Lembke, *Folter und gerichtliches Geständnis. Über den Zusammenhang von Gewalt, Schmerz und Wahrheit im 14. und 15. Jahrhundert*, in *Das Quälen des Körpers. Eine historische Anthropologie der Folter*, hrsg. von P. Burschel, G. Distelrath und S. Lembke, Köln 2000, 171 ss.

⁶⁷ Cfr. ad es. J.-C. Schmitt, *Corpo e anima*, in *Dizionario dell'Occidente medievale. Temi e percorsi*, I, a cura di J. Le Goff e J.-C. Schmitt, Torino 2003, 253 ss.; V. Fumagalli, *Solitudo carnis. Vicende del corpo nel Medioevo*, Bologna 1990.

⁶⁸ Cfr. Giovanni d'Andrea, *op. cit.*, *De regulis iuris*, c. VI *Cum in contemplatione*, n. 4, f. 161: «Nuda enim interrogatio, vel levis territio ad hoc edictum non pertinet, ut ibi tormentum autem dicitur dolor corporis, et mala mansio. unde et ieiunia sunt tormenta (...) Est ergo tormentum torquens mentem, dictum a torqueo torques»; la tortura – scrive M. Sbriccoli, «*Tormentum id est torquere mentem*», cit., 124 – «inseriva il corpo del suppliziato nel processo di produzione (*verbale*) e di pubblicazione della verità, in un contesto ideologico nel quale tutto era al servizio dell'ossessione per la verità: e quindi tutto al servizio della prova».

⁶⁹ Cfr. S. Lembke, *op. cit.*, 194 ss., il quale cita in proposito un passo della *Summa confessorum* di Johannes von Erfurt (nt. 124, 198): «voluntas, haec non potest cogi (...) quia organum determinatum non habet in corpore».

6. La tortura serve all'inquisitore-confessore per scoprire i segreti del cuore degli eretici e poterli così condurre al pentimento, alla salvezza dell'anima attraverso la sofferenza del corpo⁷⁰: l'interrogatorio, condotto secondo uno schema di domande che il giudice è tenuto a seguire, porta alla luce la verità, poi formalizzata e consolidata negli atti scritti del processo⁷¹. Si tratta, evidentemente, di una ricerca violenta e falsificata, basata sull'artificio retorico e giuridico di un processo di scoperta che nasconde un pregiudizio, una verità pre-stabilita e imposta alla vittima dei tormenti attraverso il dolore⁷²: nella tortura (quella praticata nei giudizi e quella rappresentata negli spettacoli teatrali), così come nella retorica, l'*inventio* mette in atto uno scenario verosimile per la costruzione della verità che, sebbene sia intuita in anticipo, è pensata e presentata come un qualcosa di nascosto nel corpo dell'accusato che il giudice-torturatore può portare alla luce con la violenza⁷³. La *quaestio* rappresenta una pratica di potere che, per un verso, trae legittimazione dal fatto di essere ritenuta necessaria per la *salus animarum* dei rei-peccatori, in virtù del discorso teologico che fonda l'inferiorità del corpo rispetto all'anima e considera l'eresia come una malattia da curare, e, per altro verso, mette in scena la forza dell'autorità politica, rivela gerarchie sociali, utilizza la violenza come rituale simbolico di riconoscimento dell'ordine e di omogeneizzazione a certi valori culturali e religiosi⁷⁴. Il ricorso ai *tormenta* ha anche un significato simbolico deterrente, di manifestazione e rafforzamento della *publica potestas* nella sua

⁷⁰ Cfr. E. Peters, *Destruction of the flesh – salvation of the spirit: The paradoxes of torture in medieval Christian society*, in *The Devil, Heresy and Witchcraft in the Middle Ages. Essays in Honor of Jeffrey B. Russel*, ed. by A. Ferreiro, Leiden 1998, 131 ss.

⁷¹ Cfr. R. van Dülmen, *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*², München 1988, 28 s.

⁷² Cfr. L. Garlati, *Il "grande assurdo"*, cit., 99: «E sulla verità presunta, che ribalta ogni logica probatoria, cosicché non è il magistrato a lasciarsi sedurre dai fatti, ma ad imporre ai fatti la propria verità precostituita, si regge l'intera impalcatura della tortura».

⁷³ Per capire i nessi tra retorica dell'*inventio*, tortura giudiziale e rappresentazione teatrale dei tormenti nella cultura medievale sono utili le riflessioni di J. Enders, *The Medieval Theater of Cruelty. Rhetoric, memory, Violence*, Ithaca and London 1999, specie 25 ss.; sulla tortura come «competizione» tra giudice e paziente per la ricerca della verità cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 45-46.

⁷⁴ In questo senso cfr. T. Scharff, *Auf der Suche nach der ‚Wahrheit‘. Zur Befragung von verdächtigen Personen durch mittelalterliche Inquisitoren*, in *Eid und Wahrheitssuche Studien zu rechtlichen Befragungspraktiken in Mittelalter und früher Neuzeit*, hrsg. von S. Esders und T. Scharff, P. Lang 1999, 139 ss.; T. Scharff, *Seelenrettung und Machtinszenierung. Sinnkonstruktionen der Folter im kirchlichen Inquisitionsverfahren des Mittelalters*, in *Das Quälen des Körpers*, cit., 151 ss.; in quest'ultimo testo cfr. anche il capitolo introduttivo di P. Burschel, G. Distelrath, S. Lembke, *Eine historische Anthropologie der Folter. Thesen, Perspektiven, Befunde*, 1 ss. Carlo Ginzburg (*L'inquisitore come antropologo*, in C. Ginzburg, *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano 2015, 270 ss.) sostiene che l'*inquisitio*, così come i resoconti etnografici, esprima una disegualianza sul piano del potere, per cui i documenti processuali non sono neutrali e non forniscono un'informazione obiettiva, ma «devono essere letti come il prodotto di un rapporto specifico, profondamente diseguale. Per decifrarli dobbiamo imparare a

capacità di far rispettare le norme e mantenere la *pax civitatis* attraverso la punizione dei colpevoli⁷⁵: in caso di sospetto colpito da *clamor et fama publica contra eum* la tortura (mezzo di prova) e non la pena – afferma Gandino – servirebbe «ut publice aliis ad terrenda maleficia sit exemplum»⁷⁶. La giustificazione, tuttavia, riposa sempre nel fatto che il giudice, a cui spetta l'*officium* di «inquirere veritatem modis omnibus (...) per questionem possit ad veritatem criminis perveniri, cum questio dicitur inquisitio veritatis»⁷⁷.

Nella storia giuridica inglese, come noto, la tortura giudiziaria fu utilizzata poco e tardi, nel corso del XVI e XVII secolo, soprattutto nei confronti di imputati di religione cattolica accusati di aver commesso reati politici (tradimento, sovversione)⁷⁸. Si scontrano, in questo caso, «two incommensurable concepts of truth»: la tortura produce una «hybrid confession», costringe i cattolici a parlare, apre la loro coscienza all'inquisitore che si appropria della «historical truth», ma tali segreti rivelati ne nascondono altri ancora più profondi ed intimi che i tormenti non possono cogliere, la verità di fede testimoniata e non detta, inaccessibile al torturatore⁷⁹. La dichiarazione processuale nell'interrogatorio non esaurisce tutta la verità, racconta fatti ma non assorbe l'intera coscienza dell'imputato: la verità contenuta nel corpo ed estratta con il dolore non coincide con la verità di coscienza, anzi, nei racconti dei martiri le due dimensioni sono contrapposte. La distinzione tra *body* e *conscience* delegittima la portata euristica della tortura: se l'epistemologia della scoperta, fondata sul presupposto che il corpo ferito e dolorante possa raccontare e rappresentare la verità, non permette più di conoscere il *self* dell'interrogato, la tortura perde la propria giustificazione ultima e diviene puro atto di forza politica⁸⁰.

7. La tortura contemporanea, praticata a Guantanamo o resa pubblica nelle foto del carcere di Abu Grahīb, è stata definita – in termini foucaultiani – una forma di

cogliere dietro la superficie liscia del testo un sottile gioco di minacce e di paure, di assalti e di ritirate. Dobbiamo imparare a districare i fili variopinti che costituivano l'intreccio di questi dialoghi» (276).

⁷⁵ Proprio perché la *potestas torquendi* appartiene al *merum Imperium* e costituisce una prerogativa pubblica, la dottrina medievale e tardo medievale non ammette la possibilità di offrire spontaneamente il proprio alla tortura per convalidare la propria versione della verità; sul punto cfr. M.S. Testuzza, «*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*». *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano 2016, 191 ss.

⁷⁶ Alberto da Gandino, *op cit.*, rubr. *A quo vel a quibus possit fama incipere et ex quo tempore*, n. 5, 67.

⁷⁷ Alberto da Gandino, *op cit.*, rubr. *A quo vel a quibus possit fama incipere et ex quo tempore*, n. 5, 66.

⁷⁸ Cfr. J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago-London 2006, 73 ss.

⁷⁹ E. Hanson, *Torture and Truth in Renaissance England*, in *Representations*, 1991, 75.

⁸⁰ E. Hanson, *op. cit.*, 68 ss.

biopotere e una tecnica biopolitica che prevede la tortura dei corpi ma non la morte dei torturati, in modo che il potere sovrano sia limitato per poter continuare ad essere esercitato⁸¹. L'ampia diffusione mediatica delle torture praticate nel carcere iracheno da parte dei soldati americani è stata interpretata come un «subtle message» trasmesso dal vertice del potere politico verso il fondo della catena di comando secondo il quale «intelligence and police officials on the ground could do what they had to do to obtain important information»⁸². La carne martoriata, i corpi vilipesi diventano strumento e luogo su cui agisce il potere, tanto più efficaci quanto più visibili e conosciuti da un pubblico vasto. Nella combinazione dell'atto fisico di inflizione del dolore e di quello verbale dell'interrogatorio, la tortura costruisce una finzione che permette e fonda un «capovolgimento della realtà morale» con la de-responsabilizzazione del torturatore e l'attribuzione di responsabilità al prigioniero che con la sua voce rivela informazioni: «la trasformazione del dolore in potere è in ultima analisi una trasformazione del corpo in voce, che scaturisce in parte dalla loro dissonanza e in parte dalla loro consonanza»⁸³. La tortura, sempre, si iscrive sul corpo della vittima, ma attraverso esso comunica anche un messaggio all'osservatore, la vittima dolorosa – specie se percepita come il nemico altro da noi – esercita una qualche fascinazione che può servire a cementare la coesione sociale della comunità che la guarda⁸⁴: il significato trasmesso da tale rappresentazione storicamente varia in funzione dei modelli culturali e delle mentalità. Anche nel medioevo il corpo, «luogo cruciale di una delle tensioni dinamizzanti dell'Occidente»⁸⁵, con il suo valore simbolico e religioso e la sua rappresentazione iconografica, è il concetto chiave su cui si fonda la legittimazione della tortura. È il luogo di applicazione dei tormenti e produzione della verità, non più solo per gli schiavi che – già nel diritto greco e romano – potevano essere torturati perché considerati di fatto coincidenti con i loro corpi e privi di *logos*, di ragione e dunque anche della capacità di ingannare con le proprie parole⁸⁶, ma per tutti gli accusati di reati gravi. In una cultura che, specie dall'anno Mille in avanti, affida alle immagini, in particolare quelle

⁸¹ D. Di Cesare, *Tortura*, Torino 2016, 112 ss.

⁸² A. Dershowitz, *Tortured Reasoning*, cit., 276.

⁸³ E. Scarry, *La sofferenza del corpo. La distruzione e la costruzione del mondo*, Bologna 1990, 49-101, cit. 61 e 75.

⁸⁴ Cfr. S. Žizek, *L'immagine sublime de la victime*, in *Lignes* 1995, 232 ss.

⁸⁵ J. Le Goff, *Il corpo nel Medioevo*, Roma-Bari 2005, 19.

⁸⁶ Cfr. P. duBois, *Torture and Truth*, New York-London 1991, 47 ss.

religiose, fondamentali compiti di pedagogia sociale⁸⁷ e legittimazione dei poteri punitivi e delle istituzioni pubbliche⁸⁸, la raffigurazione della tortura serve a giustificarne l'utilizzo.

Agli occhi del cittadino-fedele la sofferenza del corpo torturato dell'imputato richiama le immagini della crocifissione di Cristo con i ladroni e delle sofferenze subite dai martiri⁸⁹: l'iconografia di Gesù redentore del mondo attraverso la Sua passione e resurrezione o le raffigurazioni dei martiri che vedono santificata la loro fermezza nella fede nonostante i patimenti fisici subiti, spiegano all'uomo medievale che il dolore ha una potente funzione salvifica⁹⁰. In una circolarità tra immagini sacre, devozione privata e *iustitia* pubblica, in cui le abitudini visive si intersecano con le attitudini devozionali, il realismo del dolore nell'iconografia sacra richiama le pratiche degli interro-

⁸⁷ Cfr. J.-C. Schmitt, *Le corps des images. Essais sur la culture visuelle au Moyen Âge*, Paris 2002, specie 35 ss.

⁸⁸ Cfr. ad es. S.Y. Edgerton, *Pictures and Punishment. Art and Criminal Prosecution during the Florentine Renaissance*, Ithaca and London 1985, specie cap. 4, 126 ss.; R. Jacob, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge Classique*, Paris 1994, 140 ss.; S. Caballero Escamilla, *La iconografía medieval y la justicia divina*, in *Verbum e ius. Predicazione e sistemi giuridici nell'Occidente medievale*, a cura di L. Gaffuri e R. M. Parrinello, Firenze 2018, 367 ss; B. Rothstein, *Looking the Part: Ruminative Viewing and the Imagination of Community in the Early Modern Low Countries*, in *ArtHist*, 2008, 1 ss., analizzando il dipinto *Justice of Cambyses* realizzato da Gerard David nel 1498, mostra come la «aestheticization of torture (...) results from a calculated effort by the painter to enlist us as captivated witnesses to a beautiful, violent drama of justice» (21) e chiarisce che «torture becomes another organizing principle within the painting. First, it both restricts and expands our view of the body, rendering that body spectacular not merely for its suffering but also for its deviance and exemplary punishment. Second, enacted *coram populo*, torture exposes the interior of the deviant individual to society at large» (18).

⁸⁹ M.B. Merback, *The Thief, the Cross and the Wheel. Pain and the Spectacle of Punishment in Medieval and Renaissance Europe*, Chicago 1998.

⁹⁰ Non è un caso che le poche riflessioni che san Tommaso dedica alla tortura siano contenute nel commento al libro di Giobbe, dove l'aquinate paragona le sofferenze immotivatamente subite del personaggio biblico alle torture patite dall'innocente falsamente accusato: «quando aliquis innocens falso apud iudicem accusatur, iudex ad exquirendam veritatem, eum tormentis subiicit, secundum iustitiam agens». La giustificazione del ricorso ai tormenti per ottenere la verità sarebbe, perciò, da ricercare nel triplice «defectus cognitionis humanae» che caratterizza la conoscenza umana: il primo dovuto al fatto che essa è limitata a ciò che i sensi possono percepire, ovvero alla sola corporeità fisica degli oggetti senza che il giudice possa scrutare la coscienza dell'accusato; il secondo limite dipendente dalla circostanza che con i propri sensi l'uomo non può conoscere ciò che accade in luoghi distanti e nascosti; il terzo legato al fattore tempo, sia perché le conoscenze si acquisiscono solo gradualmente sia perché il trascorrere del tempo porta a dimenticare ciò che si sapeva. In un contrappunto tra l'onniscienza divina e i limiti dell'accertamento del vero nel processo, Tommaso sembra ammettere che la giustizia umana possa ricorrere ai tormenti per accertare la commissione di peccati/reati, non avendo altri metodi per arrivare alla verità (S. Tommaso d'Aquino, *In librum beati Iob expositio*, in S. Tommaso d'Aquino, *Opera. Editio altera veneta, Tomus Primus*, Venetiis 1745, cap. X, 55 s.); cfr. L'Hermite-Leclercq, *op. cit.*, 346 ss.; J. Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge 1999, 131-132.

gatori per tormenta; la *judicial spectatorship* e la *penal imagination* dei *cives* comunicano con il linguaggio e la simbologia dell'arte sacra, la quale riproduce tecniche di tortura, dettagli macabri e particolarità medico-chirurgiche che agli occhi dello spettatore fanno da tramite tra il passato della passione di Cristo o dei martiri e il presente dei rituali processuali⁹¹. *L'imitatio Christi* induce una sorta di filopassionismo per il quale il dolore fisico (incluso quello patito sotto tortura) diviene la base per rafforzare la *communitas* cristiana, in ragione della sua strumentalità per guadagnare la vita eterna o almeno alleviare nel purgatorio i peccati dell'anima⁹². Il dolore – dunque anche quello vissuto e rappresentato nella tortura – costituisce nel medioevo «an element of cultural cohesion»⁹³, secondo una logica irriconoscibile dalla moderna mentalità che fa invece ogni sforzo per eliminarlo o nascondere. Le sofferenze del corpo non erano, dunque, solo un effetto collaterale da tollerare per il buon funzionamento della giustizia, ma costituivano invece «the focal point of comprehension which gave the spectacle its religious meaning»: il contrasto tra l'orrore del corpo torturato e lo splendore dell'anima redenta «perhaps more effectively than any rationale devised by jurists (...) gave popular license to judges and magistrates to pose as the agents of cathartic punishment, and placed the state's monopoly on legal violence practically above contestation»⁹⁴.

L'epistemologia del dolore, secondo la quale la sofferenza permette di estrarre la spontanea verità del corpo, fa leva sulla convinzione che proprio il corpo – e non l'umana volontà – sia l'attendibile custode di una *veritas* che la tortura costringe a rivelare tanto nel linguaggio forzato quanto nei segni esteriori (dal pallore al rossore alla sudorazione⁹⁵ alle *stigmae diabolicae*⁹⁶): «dalla *quaestio* all'esecuzione, il corpo ha prodotto e riproduce la verità del crimine (...) Elemento essenziale, di conseguenza, nella

⁹¹ In questo senso cfr. J.R. Decker, *Introduction: Spectacular Unmaking: Creative Destruction, Destructive Creativity*, in *Death, Torture and the Broken Body in European Art, 1300-1650*, ed. by J.R. Decker and M. Kirkland-Ives, Farnham and Burlington 2015, 1 ss.; V. Groebner, *Defaced. The Visual Culture of Violence in the Late Middle Ages*, New York 2004, specie 87 ss.

⁹² Cfr. su questo E. Cohen, *Towards a History of European Physical Sensibility: Pain in the Later Middle Ages*, in *SciInCont*, 1995, 47 ss.

⁹³ M.B. Merback, *op. cit.*, 150.

⁹⁴ M.B. Merback, *op. cit.*, 157. Cfr. anche V. Groebner, *Abbild und Marter. Das Bild des Gekreuzigten und die städtische Strafgewalt*, in *Kulturelle Reformation. Sinnformationen im Umbruch 1400-1600*, hrsg. von B. Jussen und C. Koslofsky, Göttingen 1999, 209 ss.

⁹⁵ Cfr. G. Rossi, *Aspetti medico-legali della tortura giudiziaria nelle Quaestiones di Paolo Zacchia*, in *Paolo Zacchia. Alle origini della medicina legale (1584-1659)*, a cura di A. Pastore e G. Rossi, Milano 2008, 195 s.; P. Fiorelli, *op. cit.*, II, 74 s.

⁹⁶ Cfr. C. Chamot, *Le bourreau et l'accusé Le corps à l'épreuve de l'instruction pénales (XIV^e-XVIII^e siècles)*, in *Corps en peines. Manipulations et usages des corps dans la pratique pénale depuis le Moyen Âge*, dir. M. Charageat, B. Ribémont, M. Soula, Paris 2019, 87-100; M. Ostorero, *Les marques du diable sur le corps des sorcières (XIV^e-XVII^e siècles)*, in *Micrologus*, 2005, 359-388.

liturgia penale, in cui deve costituire il partner di una procedura ordinata intorno ai diritti formidabili del sovrano, della incriminazione e del segreto»⁹⁷. L'insistito parallelo con la crocifissione e i martiri fortifica il significato culturale di un dolore necessario e utile, in qualche modo potenzialmente salvifico, e nasconde il volto più repressivo del potere. Le ragioni dell'abolizione della tortura nel Settecento, più che nella compiuta trasformazione dei criteri probatori legati all'applicazione sempre più estesa della *pena extraordinaria* rimessa a valutazioni discrezionali dei giudici⁹⁸, devono essere cercate nella crisi del paradigma che collega intimamente dolore, corpo e verità. Riprendendo ancora la lettura foucaultiana, la sostituzione della pena o della tortura sul corpo con la detenzione in carcere si spiega, più che in termini di umanizzazione della giustizia penale, nella logica utilitaristica del disciplinamento, di un controllo dei comportamenti più efficace perché più generalizzato, meno invasivo ma più penetrante, di un potere che non ha più bisogno di inscrivere sui corpi la propria rivalse perché opera in via preventiva spostando il senso della punizione (e degli strumenti per perseguirla) dalla vendetta (plateale) del sovrano alla difesa (nascosta) della società⁹⁹. L'invulnerabilità del corpo come simbolo del progetto della modernità¹⁰⁰ e la conseguente desacralizzazione della tortura, che le fa perdere la legittimazione teologica e ne mina la popolare accettazione, si accompagnano nell'età dei Lumi al rifiuto della nozione di verità nascosta nel corpo e alla corrispondente affermazione dell'idea che la verità sia piuttosto una proprietà della mente. Quando il dolore diviene un pericolo in termini sia fisici sia psicologici che la medicina tenta di contenere e curare, e i tormenti sono considerati una pura imposizione di sofferenza fisica senza alcuna connessione con la verità, tanto il fondamento epistemologico quanto la validità politica della tortura decadono¹⁰¹.

Per Beccaria «è un voler confondere tutt'i rapporti l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore e accusato, che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti»¹⁰²: la frattura ora apertamente e polemicamente proclamata tra dolore e verità, la dichiarata

⁹⁷ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 51.

⁹⁸ Tale tesi, sostenuta da J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, cit., 45 ss., è stata già criticamente analizzata da M. Damaška, *The Death of Legal Torture*, in *YaleLJ*, 1978, 860 ss.

⁹⁹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit. 79 ss.; U. Galimberti, *Il corpo*, Milano 2005, 443-445.

¹⁰⁰ R.A. Posner, *Torture*, cit., 292.

¹⁰¹ In questo senso cfr. L. Silverman, *Tortured Subjects. Pain, Truth, and the Body in Early Modern France*, Chicago and London 2001, 159, che sottolinea come «the practice of torture must be understood not only as a legal procedure but as a practice embedded in cultural traditions and political institutions».

¹⁰² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Torino 1965, 38.

inesistenza di ogni collegamento – fisico o metafisico – tra violenza sul corpo e scoperta del vero¹⁰³, svuota di senso l'interrogatorio doloroso, lo connota come inutile abuso di potere, come «tirannia superflua»¹⁰⁴, lo condanna all'ingiustizia¹⁰⁵. La storia della tortura, e dunque anche della sua crisi, «ist die Geschichte des Umgangs des Rechts mit der Wahrheit»: la diversità dei luoghi in cui il diritto crede che la verità risieda e debba essere cercata – prima presso la divinità nell'ordalia, poi nel corpo dell'accusato in età medievale ed infine all'interno dello stesso sistema giuridico – spiega i termini di tale rapporto¹⁰⁶. Quando, a partire dal Settecento, si impone la convinzione che il giudice debba limitarsi a stabilire la verità formale, ritualizzata e giuridicizzata nel linguaggio processuale, ottenuta attraverso il rigoroso rispetto delle regole procedurali e potenzialmente non coincidente con la verità storica sostanziale, la tortura perde ogni plausibilità¹⁰⁷. La battaglia giuridica abolizionista, tuttavia, per poter vincere deve radicarsi nella mentalità, modificando la cultura visuale della violenza: solamente la rottura della catena che unisce corpo dolore e verità, consolidata in dottrine teologiche, credenze popolari, convinzioni mediche, rappresentata iconograficamente nella crocifissione di Cristo e nelle vite dei martiri, porta a sconfessare le basi giuridiche della tortura.

¹⁰³ C. Beccaria, *op. cit.*, 42: «L'esame di un reo è fatto per conoscere la verità, ma se questa verità difficilmente scuopresi all'aria, al gesto, alla fisionomia d'un uomo tranquillo, molto meno scuoprissi in un uomo in cui le convulsioni del dolore alterano tutti i segni, per i quali dal volto della maggior parte degli uomini traspira qualche volta, loro malgrado, la verità. Ogni azione violenta confonde e fa sparire le minime differenze degli oggetti per cui si distingue talora il vero dal falso».

¹⁰⁴ P. Verri, *Osservazioni sulla tortura* (Nota introduttiva e testo a cura di Gennaro Barbarisi Commento a cura di Loredana Garlati), in *Edizione Nazionale delle opere di Pietro Verri*, vol. VI, *Scritti politici della maturità*, a cura di Carlo Capra, Roma 2010, 38, con il commento relativo di Loredana Garlati alla nt. 2.

¹⁰⁵ Per le critiche alla tortura nell'Illuminismo italiano, cfr. ad es. C.E. Tavilla, *Una proposta di abolizione della tortura nella Modena riformatrice (1777)*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, t. III, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P. Massetto, Milano 2003, 2237 ss.; S. Di Noto Marrella, *Le letture dei giuristi. Aspetti del dibattito sulla tortura nel Consiglio di Giustizia di Mantova (1772)*, in *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano 1990, 39 ss.; nello stesso volume, 373 ss., cfr. anche F. Tomas y Valiente, *El humanitarismo ilustrado en Espana y el Discurso de J.P. Forner sobre la tortura (circa 1791)*, sulla faticosa diffusione delle posizioni abolizioniste beccariane in Spagna.

¹⁰⁶ Così R.M. Kiesow, *Das Experiment mit der Wahrheit. Folter im Vorzimmer des Rechts*, in *RG*, 2003, 98 ss., citaz. 104.

¹⁰⁷ Su questo passaggio cfr. E. Resta, *La verità e il processo*, in *PolDir*, 2004, 369 ss.