

ANNA PINTORE

Tortura, sicurezza e argomenti *A proposito di un libro di Jeremy Waldron*

1. *Filosofia per la Casa Bianca* – 2. *Tortura* – 3. *Sicurezza e trade-offs*.

1. *Filosofia per la Casa Bianca*

1.1. *Torture, Terror, and Trade-offs. Philosophy for the White House*¹ raccoglie dieci saggi scritti da Jeremy Waldron nel periodo che va dal 2002 al 2010 e per lo più già editi.

Il titolo del libro lascia facilmente intuire gli argomenti trattati. Essi sono: la portata morale e giuridica del divieto di *tortura* (nonché di trattamenti crudeli, inumani e degradanti), a cui sono dedicati buona parte dell'Introduzione e i Cap. 7, 8 e 9; il *terrore* terrorista, nonché la giustificazione del divieto di uccisione dei non combattenti (Cap. 3 e 4); l'opportunità di *trade-offs* tra libertà e sicurezza in caso di minaccia terrorista (Cap. 2, 5 e 6). Chiude il libro un capitolo, il decimo, dedicato al *Rule of Law* nel diritto internazionale.

Il volume arricchisce dunque la sterminata letteratura che dopo gli attentati dell'11 settembre si è andata accumulando su questi temi. Non che siano nuovi o ignorati dal dibattito anche filosofico-giuridico precedente; gli attentati del 2001 negli Stati Uniti e quelli a Madrid e Londra del 2004 e 2005 hanno però indotto ad occuparsene anche studiosi che, come Waldron, non li avevano mai frequentati in precedenza. Peraltro, il nostro autore è particolarmente titolato a intervenire su tali questioni, avendo dedicato molta parte dei suoi lavori al tema dei diritti: com'è evidente, i saggi raccolti in questo libro chiamano tutti in causa il problema della giustificazione, dei conflitti e dei limiti dei diritti².

¹ Oxford University Press, Oxford 2010. Le pagine delle citazioni sono indicate tra parentesi nel testo.

² Vedi specialmente J. WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 1993; ID., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999.

Su questi argomenti, il volume esprime al meglio le posizioni assunte dalla parte più risoluta della cultura *liberal* nordamericana dopo l'11 settembre.

Sul piano del giudizio politico, esso contiene infatti una condanna senza appello delle misure antiterrorismo adottate negli Stati Uniti dopo gli attentati a New York e a Washington. Anche Waldron, come molti altri giuristi, le giudica liberticide e discriminatorie, nonché fonte di terribili errori ed orrori come gli abusi consumati a Guantanamo, ad Abu Ghraib e con la pratica delle *extraordinary renditions*. Egli non nasconde inoltre una grande amarezza per l'appannamento della reputazione internazionale degli Stati Uniti, nonché per la leggerezza sconsiderata con cui una parte del mondo accademico statunitense ha sponsorizzato le politiche securitarie di G.W. Bush o addirittura contribuito a disegnarle (si veda tutto il Cap. 7). La condanna si coniuga però con un moderato ottimismo sulla capacità del sistema politico statunitense di autocorreggersi; ed infatti l'autore esprime soddisfazione e speranza per i segnali indicativi di un cambiamento di rotta seguiti all'ingresso del nuovo inquilino alla Casa Bianca nel 2008 (16-19).

Sul piano del giudizio etico abbiamo tesi altrettanto nette: una visione inflessibilmente deontologica dei diritti; la condanna incondizionata della tortura come aberrazione morale e giuridica; il rifiuto di ammetterne la liceità sia pure in casi estremi come il *ticking bomb scenario*; la prevalenza delle libertà civili sulle esigenze di sicurezza perfino in situazioni di emergenza terrorista; la difesa del primato della legalità anche nel diritto internazionale.

1.2. Dicevo che il libro di Waldron esprime al meglio le posizioni assunte da una parte della cultura *liberal* nordamericana dopo l'11 settembre. Al meglio, perché l'autore è un raffinato filosofo del diritto di orientamento analitico, e questo suo ultimo lavoro è interessante non tanto per le tesi di fondo che esprime (nel complesso non originali), quanto per gli argomenti elaborati in loro sostegno, che spesso si articolano in utilissime distinzioni linguistiche e sottili analisi concettuali. Così, le parti più riuscite del libro a mio parere sono quelle dedicate all'analisi in stile austriaco dell'uso ordinario delle parole "*cruel*", "*inhuman*" e "*degrading*"; quelle in cui viene esaminato il concetto di sicurezza nelle sue componenti di *safety*, *security* e *assurance*; quelle dedicate all'approfondimento del ruolo della paura in Thomas Hobbes e al rapporto tra paura hobbesiana e terrore terrorista; le pagine in cui si discute il senso dell'immunità *iure in bello* dei civili.

Il libro soffre però di alcuni limiti. Il primo è il suo integrale americanocentrismo, che traspare fin dal sottotitolo (*Filosofia per la Casa Bianca*); un sottotitolo vagamente irritante per un continentale, e per di più riduttivo: infatti il volume non è certo un manuale che snocciola istruzioni per l'uso a beneficio del *Commander-in-Chief* bensì, fortunatamente, un'opera di taglio

accademico tradizionale in cui vengono discussi problemi etico-politici il cui interesse oltrepassa l'11 settembre, la Casa Bianca e i suoi occupanti. Come d'uso tra i suoi colleghi d'oltreoceano, anche Waldron ignora del tutto la discussione non strettamente statunitense che si è accumulata su questi temi, mentre il continente europeo viene appena ricordato con una manciata di citazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di tortura.

Ma il libro soffre anche di limiti più seri. È indubbiamente difficile affrontare temi drammatici come quelli del terrorismo e della tortura con sufficiente freddezza, specie se le macerie di Ground Zero sono ancora fumanti e la *war on terror* in atto, con tutta la sua scia di nequizie. E così a più riprese si ha l'impressione che l'autore finisca per perdere il controllo della ragione analitica e si lasci sopraffare dai propri pre-giudizi e dalla carica emotiva della materia trattata, col risultato di portare in difesa di cause pur nobilissime argomenti talora poco nitidi. Ciò secondo me emerge in particolare su due questioni: quella della tortura e quella del rapporto tra diritti e sicurezza. Su di esse mi concentrerò nelle pagine seguenti, trascurando alquanto ingenerosamente di soffermarmi sulle molte cose buone che pure il libro offre.

2. Tortura

2.1. Il discorso sulla tortura prende le mosse dal tentativo fortunatamente rintuzzato dell'esecutivo statunitense di erodere, tramite una lettura restrittiva, la portata del divieto di tortura al fine di legittimare almeno forme di tortura *lite* (per dirla con David Luban) o di interrogatorio coercitivo (per dirla con Eric Posner e Adrian Vermeule) a carico dei sospetti terroristi. La critica si rivolge soprattutto a quei giuristi come John Yoo, Jay Bybee e Alan Dershowitz, ai quali Waldron addebita di aver alimentato anche nel mondo accademico statunitense un clima favorevole a quelle pratiche brutali sui prigionieri in Afghanistan, Iraq e a Guantanamo Bay che hanno destato scandalo nel mondo occidentale. Questi studiosi, dice l'autore, hanno svergognato la professione del giurista³.

³ Per la verità non mi sembra appropriato accomunare Dershowitz a Yoo e Bybee: infatti, il primo è intervenuto sul dibattito in tema di tortura come libero pensatore membro dell'accademia e non certo come consigliere del Principe; inoltre la sua proposta, sbagliata quanto si vuole, di introdurre i c.d. "mandati di tortura" non postula affatto una definizione restrittiva e neppure un'attenuazione della condanna morale della tortura. Si veda A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, trad. it. di C. Corradi, Carocci, Roma 2002; ID., *Tortured Reasoning*, in S. LEVINSON (ed.), *Torture: a Collection*, Oxford University Press, Oxford 2004.

Waldron affronta i problemi definitivi che la sua analisi rende necessario trattare con piglio opportunamente non scettico: ad esempio egli critica coloro che leggono i divieti di tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti come irrimediabilmente vaghi (si veda il Cap. 9). Per l'autore non abbiamo a che fare con parole vuote, bensì con standard valutativi/normativi certo largamente indeterminati ma non interpretabili a piacimento. In particolare, il divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti per lui non ha solo la funzione di erigere un cordone protettivo intorno al divieto di tortura, ma svolge anche un ruolo suo proprio di proibizione di condotte ulteriori e qualitativamente diverse, ruolo che discende dal significato ordinario delle espressioni con cui è formulato.

Poiché il divieto di tortura ha ad oggetto dei *mala in se* e non dei *mala quia prohibita*, ne segue per l'autore l'inappropriatezza di un accostamento interpretativo rigidamente testualista: «esso sarebbe certamente inappropriato laddove sottintendesse che tutto ciò che non è proibito dalle esatte parole del testo dovrebbe essere visto come qualcosa che si è completamente liberi di fare» (195).

Per la verità si potrebbe osservare che il testualismo come argomento interpretativo può essere sorretto da varie giustificazioni, ad esempio l'ossequio alla volontà del legislatore, il rafforzamento dei vincoli all'interprete, la garanzia della certezza del diritto; esso inoltre sembra compatibile con le più svariate teorie morali di sfondo.

Comunque sia, per l'autore è proprio il fatto che il divieto giuridico investa un *malum in se* a sconsigliare un atteggiamento testualista: dato che il testo solamente certifica un principio metagiuridico più profondo, espressione di un «senso morale condiviso» o forse dello stesso diritto naturale (196).

Ma è difficile comprendere come si possa conciliare questa tesi con l'affermazione per cui «La funzione del testo giuridico è quella di articolare questa percezione di malvagità [della tortura] e completare i dettagli per renderla amministrabile» (195, corsivo mio). Delle due l'una: o i testi contano oppure non contano; o i testi nel diritto rappresentano l'imprescindibile filtro attraverso il quale leggere, quando c'è, il senso morale, che può essere sì condiviso ma è anche sempre controverso, tant'è che si avverte la necessità di tradurlo in formulazioni linguistiche gestibili in maniera controllata dagli interpreti; oppure, se il ricorso al senso morale è risolutivo, si deve concludere che i testi sono superflui ed anzi finiscono per rappresentare un ostacolo all'accesso a quest'ultimo⁴.

⁴ Vedi sul punto anche le osservazioni di J. RABKIN, *American Self Defense Shouldn't be too Distracted by International Law*, in "Harvard Journal of Law & Public Policy", 2007, pp. 39 ss.

Waldron si ribella insomma all'idea che tutto ciò che non è (giuridicamente) proibito dai testi giuridici vada considerato (giuridicamente) permesso. Trascurando le implicazioni di ciò sulla sua filosofia del diritto complessiva, temo però che egli manchi il bersaglio allorché, per stigmatizzare le acrobazie ermeneutiche di John Yoo e Jay Bybee, le taccia di testualismo. Com'è noto, questi due giuristi, in veste di consulenti del Ministero della Giustizia statunitense, proposero una lettura restrittiva del divieto di tortura sancito dalla legge federale statunitense emanata in esecuzione della Convenzione ONU del 1984 contro la tortura. In particolare, suggerirono di leggere il dolore fisico intenso (*severe pain*) necessario a integrare il reato di tortura come equivalente in intensità al dolore che si accompagna a un serio danno fisico come il collasso di un organo, il danneggiamento di una funzione vitale o persino la morte (211).

Se per testualismo intendiamo l'idea che le norme si debbano ricavare dai soli testi giuridici, ho l'impressione che qui il testualismo ci aiuti semmai nella critica a Yoo e Bybee: infatti i parametri da loro proposti non risultano affatto dal testo, il quale si limita a parlare di *severe pain*. Poiché è facile immaginare casi di *severe pain* non commisurabili a quelli da loro tassativamente raccomandati (nonché casi in cui il collasso di un organo, la perdita di una funzione vitale o la morte non siano accompagnati da *severe pain*), si dovrebbe semmai concludere che il tradimento del testo viene perpetrato proprio dai due consiglieri del Ministero della Giustizia. Waldron fa coincidere indebitamente il testualismo con l'interpretazione restrittiva (e il giuspositivismo con quest'ultima).

Nel libro si critica più in generale qualunque irrigidimento definitorio della nozione di tortura, quale potrebbe ottenersi con l'indicazione di parametri dettagliati a cui commisurare il dolore o la sofferenza che rappresentano l'elemento cardine di questo illecito. L'argomento chiave s'impenna sulla natura dell'interesse a una definizione più rigorosa. Poiché quello di tortura è un reato proprio, che può essere commesso solo da un pubblico ufficiale, l'interesse di quest'ultimo a una definizione più rigorosa della fattispecie sarebbe necessariamente malevolo e quindi illegittimo, sarebbe quello di approssimarsi il più possibile alla soglia dell'illiceità senza sconfinare. Sarebbe più simile all'atteggiamento del marito che vuole sapere con quanta forza potrà stratonare la propria

Lo stesso Waldron, ad altro proposito (95), cita queste parole di Finnis sul divieto giuridico di omicidio: «È compito dei redattori della legge specificare, con precisione, a quali di queste consuetudini e rapporti una uccisione in tali-e-talaltre-circostanze corrisponda. È questa la ragione per cui "È vietato uccidere..." è una formulazione giuridicamente così difettosa»: J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980, p. 283.

moglie senza incorrere nel reato di maltrattamenti in famiglia, che all'atteggiamento dell'automobilista che vuole conoscere il limite di velocità a cui è soggetto per potersi approssimare il più possibile.

Questo bizzarro argomento è fondato però su una congettura opinabile: perché mai l'interesse del pubblico ufficiale dovrebbe essere *questo* e non piuttosto quello di avere la sicurezza di mantenersi entro i confini della legalità? E, pur se così fosse, perché mai l'interesse ad approssimarsi il più possibile alla soglia senza sconfinare dovrebbe essere deprecato, visto che, se ci si mantenesse al di qua della soglia, ove essa sia stata tracciata, si resterebbe pur sempre entro l'area della liceità? In fin dei conti qui tutto dipende non certo dall'atteggiamento dell'agente, ma dal punto in cui il confine dell'illiceità viene collocato, oltre che ovviamente dal modo in cui è indicato. Il nostro autore sembra pensare che la soglia non vada tracciata perché in realtà una soglia *non c'è affatto*, ontologicamente, dato che ci troviamo di fronte a una gamma di condotte tutte comunque malvagie o potenzialmente tali alla luce di un senso morale condiviso che il diritto recepisce. Resta però il fatto che il diritto persegue e punisce i *mala in se* solo nella misura in cui essi ricadano nell'area del (giuridicamente) *prohibitum*.

Waldron predilige una definizione di tortura che mantenga indeterminata la fattispecie, in base all'assunto che solo in questo modo si garantirebbe una maggior tutela alle possibili vittime. Dal canto mio, pur sottoscrivendo questa sua aspirazione, dubito della adeguatezza della strada indicata. Infatti, proprio quel confine che delimita le condotte illecite, che Waldron raccomanda di non fissare in via generale e preventiva, verrà comunque tracciato in sede di applicazione giudiziaria, e nulla esclude che ciò venga fatto in un modo che l'autore giudicherebbe intollerabilmente restrittivo, per esempio alla Bybee. Insomma, è vero che ridurre la vaghezza produce arbitrio perché introduce una (più netta) discontinuità tra lecito e illecito, ma, poiché la vaghezza deve comunque essere ridotta in sede di applicazione, ci troviamo alle prese con il vecchio dilemma se preferire l'arbitrio del legislatore oppure quello dei giudici. Waldron, singolarmente, preferisce quest'ultimo, e inoltre lo sostiene con argomenti sbagliati, considerando una formulazione (più) precisa equivalente a una restrittiva⁵.

Le considerazioni appena fatte non escludono naturalmente che una definizione di tortura più rigorosa dell'attuale possa essere sconsigliata in base ad argomenti diversi da quelli proposti dall'autore: per esempio perché si reputa inadeguato articolare in forma casistica i concetti di dolore e sofferenza o legarli alle scale di misurazione del dolore elaborate in medicina (per il solo

⁵ Dico singolarmente alla luce della diffidenza manifestata fino a tempi recenti dall'autore nei riguardi del potere giudiziario. Si veda il suo *Law and Disagreement*, citato.

dolore fisico, peraltro); oppure superflua perché i casi dubbi ricadrebbero comunque sotto il divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti; oppure (sul piano del diritto internazionale) inopportuna perché di possibile ostacolo alla ratifica della Convenzione ONU da parte di certi Stati⁶.

2.2. Per Waldron il divieto di tortura esprime un *assoluto giuridico*, oltre che morale. Esso è un *archetipo giuridico*, ossia un emblema o icona che sintetizza il modo d'essere di un'area dell'ordinamento, e fa ciò in modo vivido e pubblico, fissando il senso di quell'area per l'impresa giuridica complessiva. Più precisamente, abbiamo qui l'archetipo di un certo orientamento riguardante i rapporti tra diritto e forza, che può essere espresso in questo modo: «Il diritto non è brutale nel suo modo di operare; il diritto non è selvaggio; il diritto non s'impone tramite la paura abietta e il terrore, o piegando la volontà di coloro a cui si indirizza. Quantunque potente o coercitivo, il diritto s'impone con metodi che rispettano piuttosto che mutilare la dignità e la capacità di azione (*agency*) di coloro che sono soggetti ad esso» (232).

Il linguaggio è indubbiamente suggestivo. Sullo sfondo, c'è una critica al positivismo giuridico, colpevole di raffigurare il diritto come un'accozzaglia di norme irrelate e di ignorarne il carattere sistematico, dimenticando principi, *policies*, scopi e tutto ciò che è privo di pedigree formale. Questa immagine peggio che caricaturale del giuspositivismo, nell'economia del discorso di Waldron ha l'unica funzione di proporre una spiccia archiviazione in favore della teoria dworkiniana dei principi, di cui la teoria degli archetipi dovrebbe rappresentare un perfezionamento. L'archetipo è infatti nient'altro che un principio dworkiniano; esso però se ne differenzia perché è espresso da una specifica disposizione giuridica che, per l'appunto, è emblematica o iconica di una certa area del diritto e, in quanto tale, ha un'importanza che va ben oltre il suo contenuto immediato. L'archetipo, come i principi di Dworkin, sta sullo sfondo delle disposizioni espresse ma, a differenza di questi, sta anche in primo piano in quanto regola dotata di pedigree.

Evitando di addentrarmi nella vessata questione della distinzione tra regole e principi, non trovo difficile ammettere, anche senza scomodare Dworkin, che in ogni ordinamento vi siano disposizioni normative emblematiche (o più emblematiche di altre) di un certo modo d'essere del diritto o di una parte di esso; nel diritto italiano due esempi possono essere l'art. 2043 del c.c. e l'art. 1 del c.p., tant'è che si usa chiamarli norme di principio o principi senz'altro. Se vogliamo, possiamo denominare archetipi queste disposizioni, ma fin qui siamo sul terreno dell'ovvio (perfino per il positivismo giuridico).

⁶ Sull'ultimo punto vedi *infra*, nota 11.

Resta da vedere se la disposizione sulla tortura – ricordo che stiamo parlando di una legge del diritto interno statunitense – possa essere considerata un archetipo alla stessa stregua di quella sul *neminem laedere* o sulla stretta legalità penale. Per conto mio ne dubito. Nel modo di pensare ordinario la parola “tortura” ha probabilmente acquisito la valenza di archetipo nel senso di emblema di sofferenza eteroinflitta, tant’è che l’espressione ha assunto progressivamente un senso sempre più lasco (“oggi il professore all’esame mi ha torturato”), ed è usata per raffigurare in modo enfatico ogni situazione di disagio sia pur lieve. Nel pensiero giuridico mi pare che le cose vadano diversamente e che il divieto di tortura funzioni più come una regola, beninteso sorretta da principi, che come un principio esso stesso. Proviamo a pensare a un ordinamento in cui tale divieto non sia sancito da una disposizione espressa: è noto che l’Italia si trova esattamente in questa situazione, non avendo a tutt’oggi ancora adempiuto all’obbligo sancito dalla Convenzione ONU, pur dal nostro paese ratificata. Ebbene, dovremmo dire che quel principio di non brutalità che per Waldron è espresso dal divieto di tortura è estraneo al nostro diritto?⁷ Non direi: poiché le torture consumate in Italia integrerebbero comunque vari altri reati (lesioni personali, minacce, sequestro di persona ecc.).

Insomma, anche a seguire l’ordine di idee dell’autore, sembra plausibile trattare il divieto come una regola che istanzia il principio di non brutalità vietando una specifica gamma di condotte brutali. Il che ovviamente non equivale a svalutarne l’importanza, visto che anche il divieto d’omicidio come di ogni reato è una regola in questo senso.

C’è però da domandarsi se la *ratio* del divieto di tortura sia proprio il principio di non brutalità invocato da Waldron. Il punto è che sono molti gli ambiti in cui il diritto opera in maniera brutale, agli occhi di qualcuno o anche di molti: pensiamo a una carica della polizia, all’esecuzione di uno sfratto, al respingimento alle frontiere di un immigrato clandestino, per tacere delle sanzioni penali e della guerra. Sono queste tutte eccezioni al «luminoso» (246) principio? “Brutale” è una parola che gronda disapprovazione, ma non tutti disapproviamo le stesse cose, o lo facciamo per le stesse ragioni. Certo, pressoché tutti disapproviamo, e con veemenza, la tortura, ma è abbastanza bizzarro dire che lo facciamo per esprimere un rifiuto della brutalità e che il diritto (estremamente brutale per altri versi) la vieta per esprimere in maniera enfatica questo rifiuto⁸. Semmai la ragione consueta per cui condanniamo la tortura è che produce intense sofferenze e pensiamo che la si debba vietare non

⁷ Ovviamente metto qui tra parentesi l’adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale.

⁸ Così E.A. POSNER, A. VERMEULE, *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, New York 2007, p. 205.

per simboleggiare alcunché ma per prevenire l'inflizione intenzionale di intense sofferenze. In filosofia morale, quando ci si interroga sulle ragioni dell'immoralità intrinseca della tortura, vengono tipicamente chiamati in causa, piuttosto che un fumoso principio di non brutalità, elementi quali per l'appunto la sofferenza cagionata al torturato, la coartazione della sua autonomia decisionale, nonché la sua condizione di minorità rispetto al torturatore.

2.3. Secondo l'autore, il carattere archetipico del divieto di tortura fa sì che se dovesse cadere la sua assolutezza rischierebbero di cadere, in una sorta di china scivolosa all'incontrario, anche divieti meno importanti ma ispirati al medesimo principio di non brutalità, per esempio quello di punizioni corporali dei carcerati. «L'idea è che la convinzione che ciò che sta alla base della china (la tortura) è un male, informa e sorregge la convinzione che i mali minori collocati sopra la tortura siano anch'essi un male» (243). Introducendo un'eccezione al divieto si ridurrebbe il luminoso principio di non brutalità ad affare tecnico per causidici; l'integrità del diritto verrebbe compromessa e non resterebbe che «contrattare sul prezzo» di ogni altra possibile eccezione⁹.

In questo discorso s'intrecciano due problemi distinti: quello dello scivolamento all'incontrario (cedere sull'assolutezza del divieto più esigente porta a minare quelli meno esigenti) e quello del rapporto tra assolutezza dei principi e loro eccezioni.

Sul primo punto le mie intuizioni vanno in direzione opposta a quelle di Waldron; infatti ho l'impressione che la nostra avversione per la tortura – il caso più grave – dipenda semmai dal fatto che avversiamo i casi meno gravi di quella che Waldron chiama brutalità, piuttosto che viceversa. Le intuizioni, è chiaro, sono sempre opinabili. Sono opinabili però anche le chine scivolose, tradizionali o capovolte: esse infatti s'impennano su previsioni spesso altamente congetturali sul piano empirico, come in questo caso. Il nostro autore è abbastanza avveduto dall'ammetterlo; e dunque corregge subito il tiro, presentando la sua *slippery slope* piuttosto come un processo di progressiva corruzione culturale che può preludere a un imbarbarimento delle istituzioni ma non necessariamente lo determina.

Neppure la storia, che è sempre fonte d'insegnamenti, ci dà indicazioni univoche al riguardo, anche se fornisce almeno qualche controesempio ai

⁹ Waldron cita (218) le parole di D. LUBAN, *Liberalism, Torture and the Ticking Bomb*, in "Virginia Law Review", 2005, p. 1440: «L'idea è di costringere il proibizionista ad ammettere che sì, anche lui sarebbe disposto a torturare almeno in questa situazione. Una volta che il proibizionista ha fatto questa ammissione, ha con ciò riconosciuto che la sua opposizione alla tortura non è di principio. Ed ora che il proibizionista ha ammesso che i suoi principi possono essere infranti, non rimane che contrattare sul prezzo».

pronostici di Waldron. Quanto alla tortura giudiziaria, per esempio, non sembra che il diritto penale inglese al quale essa rimase nel complesso estranea fosse meno brutale dei diritti continentali in cui era istituzionalizzata¹⁰. Abbiamo poi esempi recenti di Stati che pur vietando la tortura l'hanno praticata di fatto (come la Francia in Algeria e la Gran Bretagna in Irlanda del Nord) senza che ciò abbia portato a percepibili slittamenti verso una brutalità generalizzata nel breve o nel medio periodo. È difficile comunque formulare congetture sugli effetti a catena di un'attenuazione del divieto giuridico di tortura; d'altra parte l'eventualità è assai remota, perché, come tutti sanno, oggi la tortura è praticata sempre in segreto, in primo luogo proprio dagli Stati che hanno aderito con maggiore solerzia alla Convenzione ONU, i quali non hanno alcun interesse a rinunciare al doppio vantaggio di dar mostra di pubbliche virtù mentre continuano a praticare impunemente i propri vizi privati¹¹.

Ma in realtà ciò che qui mi pare sbagliata è l'impostazione di fondo. La suggestiva etichetta di brutalità, che colloca in un continuum di gravità morale crescente una gamma di situazioni tutte accomunate dall'uso della coercizione statale, finisce per occultare le discontinuità qualitative che dipendono dalle ragioni per cui ciascun caso viene considerato ammissibile o inammissibile moralmente. Per esempio, nei nostri ordinamenti è consentito a certe condizioni alle forze di polizia di sparare contro un rapinatore che fugge armato, ma non è ammesso malmenarlo dopo averlo reso inoffensivo. Limitarsi all'aspetto materiale delle due situazioni descrivendole come gradazioni di brutalità non ci fa comprendere perché la più grave sia ammessa e la meno grave no, se prescindiamo dalle ragioni per cui riteniamo giustificato il primo caso ma non il secondo – ragioni che fanno riferimento non solo all'atto nella sua materialità, ma anche alle intenzioni, alla posizione dei soggetti coinvolti, al danno prodotto o evitato, ecc. Dire che la tortura si trova al grado zero nella scala della brutalità rischia di annacquare e perfino indebolire le *specifiche* ragioni morali che inducono a condannare lo specifico tipo di brutalità in cui essa consiste.

¹⁰ Si veda J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, The University of Chicago Press, Chicago 1977, pp. 73 ss. Langbein documenta 81 casi tra il 1540 e il 1640, per lo più concentrati in epoca elisabettiana e riguardanti reati politici. Egli osserva che la sostanziale estraneità della tortura alle procedure criminali non dipese certo dal maggiore senso di umanità degli inglesi, semmai dal fatto che costoro erano «beneficiari di istituzioni giuridiche talmente brutali da rendere la tortura non necessaria» (p. 77).

¹¹ In un interessante studio, Oona Hathaway mostra come le *performances* degli Stati che hanno ratificato la Convenzione ONU non siano affatto più virtuose di quelle degli Stati che non l'hanno ratificata, e ritiene che siano proprio gli Stati in cui la tortura è maggiormente praticata ad avere un più pressante interesse a tale ratifica, per godere del doppio vantaggio indicato nel testo. Vedi O. HATHAWAY, *The Promise and Limits of the International Law of Torture*, in S. Levinson, *Torture*, cit.

Il secondo punto chiama in causa il rapporto tra principi (o regole) e loro eccezioni. Si ha l'impressione che per Waldron l'introduzione di un'eccezione valga a intaccare l'assolutezza di un principio e che un principio con eccezioni non sia un genuino principio morale. Il tema è spinoso e non può essere trattato seriamente in poche righe. Mi basti osservare che assoluto viene spesso identificato, a torto, con incondizionato. Se così fosse, neppure il divieto di tortura vigente nel diritto internazionale dovrebbe essere considerato assoluto. Ricordo infatti che l'art. 1 della Convenzione ONU, dopo aver introdotto la definizione di "tortura" aggiunge: «It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions». Ma naturalmente le cose non stanno così, perché una regola che incorpora un'eccezione continua ad essere una regola, e lo stesso vale per i principi¹². Introdurre un'eccezione, com'è ovvio, muta il significato della regola, ma non la trasforma necessariamente in regola defettibile, ossia indefinitamente accantonabile al verificarsi di circostanze anche diverse da quelle indicate dall'eccezione.

David Luban, il cui pensiero al riguardo è citato da Waldron con approvazione, fa l'esempio del vegetariano che venga persuaso a mangiare un'ostrica perché priva di sistema nervoso; una volta compiuto questo passo, dice Luban, non solo la sua posizione morale si snatura, ma non è più neppure una vera posizione morale (e al nostro ex vegetariano è spianata la strada per negoziare il prezzo morale delle bistecche)¹³. Ora, è vero che il vegetariano, se coerente, ha con ciò modificato il principio che guida le sue abitudini elementari: non si astiene più dal nutrirsi di animali, ma dal cibarsi di esseri dotati di sistema nervoso¹⁴. Diverso sarebbe il caso in cui lo spazio bianco che segue la clausola "a meno che..." nel nuovo principio del vegetariano potesse essere completato a piacimento, ossia che la ragione giustificativa del suo regime alimentare non sia forte abbastanza da resistere di fronte a ogni pietanza; fuor di metafora, a ogni ragione antagonista che si possa presentare. *Questo* sì che effettivamente svuoterebbe la normatività del principio. Insomma, la presenza di un'eccezione di per sé non trasforma un principio in una massima d'esperienza sempre rivedibile e neppure in una ragione solo *prima facie*¹⁵.

¹² «A rule that ends with the word 'unless...' is still a rule»: H.L.A HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, p. 136. Sull'interpretazione di questa frase di Hart, vedi F. SCHAUER, *Exceptions*, in "University of Chicago Law Review", 1991.

¹³ D. LUBAN, *Liberalism, Torture and the Ticking Bomb*, p. 1441.

¹⁴ Il nostro vegetariano potrebbe essersi ad esempio convinto della maggiore solidità morale del principio che vieta di cibarsi di esseri che hanno la capacità di soffrire o che per diventare il nostro cibo hanno dovuto soffrire – una variante di vegetarianismo abbastanza diffusa.

¹⁵ Sul punto v. ancora F. SCHAUER, *Exceptions*. Il tema sotteso agli accenni del testo è quello del ruolo delle regole nell'*act* e nel *rule-utilitarianism*, su cui vedi almeno D.

In definitiva, se il rifiuto di ogni possibile eccezione al divieto di tortura dovesse basarsi solo sull'argomento appena criticato, poggerebbe su basi assai precarie. Nel migliore dei casi, infatti, l'argomento si riduce a un *definitional stop* (un principio con eccezioni non è un vero principio); nel peggiore dei casi si risolve in un'incomprensione della forza delle ragioni che possono giustificare un principio e le sue eventuali eccezioni.

2.3. L'autore non si sofferma a lungo sulla illiceità morale della tortura. Si limita a qualificare il relativo divieto come un assoluto morale (4), essendo la tortura intrinsecamente malvagia perché comporta la deliberata inflizione di intense sofferenze su soggetti profondamente vulnerabili e usa la sofferenza di costoro per piegarne la volontà. Oltre che per la sua intrinseca malvagità, la tortura va condannata anche per ragioni pragmatiche, avendo una tendenza *metastatica*, che la rende capace di infettare tutti gli aspetti della vita di uno Stato (42)¹⁶.

La possibile eccezione al divieto di tortura a cui mi riferivo astrattamente nel paragrafo precedente è quella compendiata nel *ticking bomb scenario*, a cui anche Waldron sia pure a malincuore si richiama. Immaginiamo che un gruppo di terroristi abbia piazzato in un centro densamente abitato una bomba la cui esplosione è imminente, che uno di loro sia stato catturato ma si rifiuti di indicare il luogo in cui la bomba è collocata. In questo caso, ci si domanda, sarebbe lecito torturare il prigioniero per ottenere le informazioni indispensabili ad evitare la carneficina?

L'autore ricorda le parole di Shue: «non vedo in che modo negare l'ammissibilità della tortura in un caso *precisamente come questo*» (41)¹⁷. Ma è irrealistico presumere che un caso come questo possa verificarsi: dovremmo assumere di sapere con certezza che la bomba c'è, che sta davvero per esplodere, che esplodendo provocherà una strage, che l'arrestato conosca veramente le informazioni rilevanti, che la tortura lo indurrà a confessare, che confessando dirà la verità ecc.

Dunque per Waldron, come del resto per Shue, è la domanda sollecitata dall'esempio fittizio ad essere sbagliata: nel caso migliore è *sciocca*, perché ipotizza una situazione niente affatto plausibile, nel caso peggiore profondamente *corrotta*, perché uno scenario improbabile come questo è fatto per minare l'integrità della posizione morale contraria alla tortura (219). Dunque il divieto deve basarsi su un principio deontologico inflessibile.

LYONS, *Forms and Limits of Utilitarianism*, Clarendon Press, Oxford 1965.

¹⁶ L'espressione enfaticizzata nel testo è di H. SHUE, *Torture*, in "Philosophy & Public Affairs" 1978, p. 143.

¹⁷ H. SHUE, *Torture*, p. 141 (corsivo dell'autore).

Si percepisce che anche per Waldron, come del resto per altri studiosi, il tema non andrebbe neppure considerato un legittimo argomento di discussione filosofica¹⁸. Per quel che mi riguarda, non sono di questo avviso; il *ticking bomb scenario* è irrealistico, ma la riflessione filosofica è zeppa di scenari ipotetici o addirittura controfattuali, oltre che di domande *sciocche*. Naturalmente, vale la pena di disegnare scenari improbabili o assurdi solo se si pensa che ciò possa recare qualche vantaggio¹⁹: per esempio se ci consente di saggiare la tenuta dei principi in rapporto alle intuizioni morali o di vagliare la consistenza degli uni e delle altre anche in scenari meno assurdi o di mostrare certe importanti caratteristiche del pensiero morale.

In questo spirito, W.L. e P.E. Twining, pur con alcuni caveat, indicano tre ragioni per cui l'ipotetico scenario può tornare utile: 1. perché ci costringe ad affrontare scelte difficili tra mali o principi confliggenti; 2. perché sfida coloro che adottano una posizione "di principio" a definire con precisione l'ambito del principio in questione; 3. perché invita costoro a specificare nei dettagli le circostanze in cui il principio è suscettibile di eventuali eccezioni²⁰.

In effetti la cospicua letteratura sviluppatasi sull'esempio ha prodotto argomenti notevoli con cui si è cercato di costruire ragioni filosofiche intorno ai sentimenti di orrore e disgusto che l'evocazione della tortura suscita nel mondo occidentale contemporaneo. Quindi la discussione è tutt'altro che inutile, almeno per chi ritiene che la condanna della tortura non possa basarsi sull'autoevidenza della sua malvagità e tantomeno sulle emozioni che suscita, a maggior ragione se si considera che esse convivono con la propensione di molti ad ammettere la tortura almeno in certi casi²¹.

Ho il sospetto che Waldron sia di diversa opinione, almeno a giudicare dalla sua disarmante replica a un'affermazione di Jean Bethke Elshain, la quale accusa chi non ammetterebbe in alcuna circostanza forme di tortura sia pure *lite* di voler collocare la propria purezza morale al di sopra di tutti

¹⁸ Per una formulazione piuttosto enfatica di questa convinzione, vedi M. LA TORRE, *'Giuristi, cattivi cristiani'. Tortura e principio di legalità*, in "Quaderni Fiorentini", 2007.

¹⁹ In caso contrario non ci sarebbe modo di distinguere la filosofia dalla fantascienza.

²⁰ Vedi W.L. TWINING, P.E. TWINING, *Bentham on Torture*, in "Northern Ireland Legal Quarterly", 1973, pp. 345 ss. Gli autori mettono però in guardia contro un cattivo uso dell'esempio, e in specie indicano due rischi: che il caso estremo venga usato per suggerire che non c'è nessun principio sottostante al divieto di tortura, oppure per transitare indebitamente dalla ammissibilità di un'eccezione all'istituzionalizzazione della pratica della tortura.

²¹ In base a un sondaggio del gennaio 2009 condotto dal Washington Post e ABC News, il 40% degli intervistati si è dichiarato favorevole al ricorso alla tortura di presunti terroristi almeno in certe situazioni: http://voices.washingtonpost.com/behind-the-numbers/2009/01/on_torture.html?wprss=behind-the-numbers (ultima consultazione: 14/11/2010).

gli altri beni²². L'argomento di Elshain è tutt'altro che solido²³; la replica di Waldron però è eloquente, perché consiste in una descrizione minuziosa di alcuni degli abusi commessi a Guantanamo, unita a un richiamo alla dignità umana. Ciò fa capire da un lato che a suo avviso i sentimenti di orrore e disgusto sono decisivi nel fondare il giudizio morale, dall'altro lato che per lui in filosofia c'è un *coto vetado*, un'area in cui la discussione non può e non deve addentrarsi perché lo stesso discutere sarebbe fonte di corruzione di pensiero e azione. Ma la *ticking bomb* non è a Guantanamo e la chiamata in correità dei filosofi può essere facilmente rovesciata replicando che la corruzione inizia semmai nel momento in cui la riflessione critica viene recintata.

Invece, dal mio punto di vista, discutere della tortura e in specie del caso della bomba ad orologeria è importante soprattutto per la prima delle ragioni indicata dai Twining. L'esempio infatti pone a nudo un aspetto delle nostre intuizioni morali disconosciuto sia dai consequenzialisti puri sia dai deontologi inflessibili alla Waldron, ossia il fatto che in esse di solito si intrecciano considerazioni attinenti sia al valore intrinseco delle azioni, sia alle loro conseguenze; questo può dar luogo a conflitti, che a loro volta generano dilemmi morali, talora tragici come nello scenario ipotetico. Il caso dunque è tragico perché pone un dilemma insolubile, costringendo a una scelta che alla luce delle nostre intuizioni morali appare *comunque* sbagliata. Proprio per questa ragione l'ipotetico scenario giudicato futile o perverso da Waldron ritorna ciclicamente nella discussione filosofica, non certo perché un manipolo di studiosi spregiudicati trama per minare l'integrità della condanna morale della tortura senza avere il coraggio di dirlo apertamente.

Alcuni deontologi più dubbiosi di quanto non sia il nostro autore hanno avvertito il dilemma e cercato una via di fuga dal conflitto; per esempio Nozick, il quale evoca una situazione di orrore morale catastrofico che potrebbe giustificare un cedimento al consequenzialismo²⁴; oppure Michael Moore, per il quale esiste una soglia quantitativa, ancorché

²² Si veda J.B. ELSHTAIN, *Reflections on the Problem of Dirty Hands*, in S. Levinson (ed.), *Torture*, citato.

²³ Cfr. T. NAGEL, *War and Massacre*, in ID., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge 1979, p. 63: «L'assolutismo morale non è l'unica tra le teorie morali a richiedere a ciascuno di fare ciò che preserverà la propria purezza morale in ogni circostanza. Questo è egualmente vero dell'utilitarismo, o di ogni altra teoria che distingue tra il giusto e il torto».

²⁴ R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford 1974, p. 30. V. anche C. FRIED, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978, p. 10.

indeterminata, di malvagità morale, oltre la quale il calcolo delle conseguenze dovrebbe subentrare all'ossequio ai principi deontologici²⁵.

Queste vie di fuga sono poco appaganti, quantomeno perché il dilemma morale sorge negli stessi termini anche in situazioni meno "catastrofiche" ma parimenti tragiche, per esempio quando si tratta di comparare la tortura di qualcuno con la vita non di una moltitudine ma di un singolo individuo²⁶.

Neppure appellarsi ai diritti del torturato, o alla sua dignità, fa fare molti passi avanti, dato che il dilemma può essere raffigurato anche come un conflitto tra diritti o, se si preferisce, tra la dignità del torturato e quella delle sue possibili vittime.

Per questo personalmente simpatizzo più con coloro, come Nagel, che parlano di un «vicolo cieco morale» che col kantismo adamantino di Waldron²⁷.

Com'è ovvio, coltivare il dubbio o perfino ammettere l'eccezione nel caso estremo è un conto, suggerire attenuazioni del divieto giuridico di tortura è un altro conto. *Hard cases make bad laws*, ci ricorda ineccepibilmente Shue, mentre i Twining raccomandano di non dimenticare il salto logico che separa la giustificazione di una singola azione dall'istituzionalizzazione di una pratica. Ma sul terreno delle istituzioni giocano un ruolo cruciale proprio quelle considerazioni di tipo consequenzialista che Waldron ripudia ma che in realtà non sono estranee neppure la sua etica.

²⁵ M. MOORE, *Torture and the Balance of Evils*, ora in Id., *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford 1997. Per una critica magistrale a Moore, v. L. ALEXANDER, *Deontology at the Threshold*, in "San Diego Law Review", 2000.

²⁶ Com'è successo nel noto caso Daschner, su cui v. ad esempio F. JESSBERGER, *Bad Torture – Good Torture. What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany*, in "Journal of International Criminal Justice", 2005. Nel 2002, a Francoforte, il figlio undicenne di un banchiere venne rapito a scopo di estorsione; il suo rapitore fu catturato mentre ritirava il riscatto ma si rifiutò di indicare il luogo in cui l'ostaggio era nascosto. Il vice-capo della polizia Wolfgang Daschner, tramite un suo subordinato minacciò il rapitore di far intervenire un agente addestrato a praticare la tortura. Il rapitore rivelò il nascondiglio, ma il bambino era già morto quando fu ritrovato. Non è superfluo ricordare che nel processo che ne seguì i due funzionari furono sì condannati, ma solo a una pena pecuniaria di entità risibile.

²⁷ T. NAGEL, *War and Massacre*, p. 74. Andrebbe citato anche M. WALZER, *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, in M. COHEN, T. NAGEL, T. SCANLON (eds), *War and Moral Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1974. Walzer si concentra più sui conflitti tra le responsabilità politiche dei governanti e la loro moralità personale che sui dilemmi congeniti nella morale individuale.

3. *Sicurezza e trade-offs*

3.1. Qui la tesi di fondo è che i diritti (non è chiarissimo se tutti o solo alcuni), pur non essendo insensibili alle contingenze, vanno tuttavia sottratti ai bilanciamenti con la sicurezza reputati necessari per fronteggiare il rischio terrorista. Infatti il linguaggio del bilanciamento si ispira a una *logica traditrice* (11); esso appare attraente in casi semplici, come quando si tratta di imporre di togliersi le scarpe ai controlli di sicurezza negli aeroporti, ma può essere usato a fini perversi, per giustificare arresti di massa, detenzioni senza processo, interrogatori brutali ecc.

Inoltre, la sicurezza è un valore *vorace* (178) al quale però dobbiamo cercare di non piegare i diritti: infatti alcuni di essi «sono stati designati come assoluti molto tempo fa precisamente a causa della tentazione di un loro ripensamento in tempi di panico, insicurezza e rabbia» (10). Esistono indubbiamente legami interni tra diritti e sicurezza, giacché quest'ultima è anche un presupposto per il godimento dei primi; da ciò però non segue affatto che essa debba avere la priorità assoluta.

Molte di queste considerazioni sono condivisibili. In particolare, Waldron è certamente nel giusto quando ci ricorda che quella della bilancia è solo una metafora, che rischia di essere ingannevole se la si prende alla lettera dimenticando che non vengono comparate entità omogenee e quantitativamente misurabili e che bilanciare significa in realtà privilegiare uno dei due elementi messi a confronto accantonando l'altro (22).

In alcuni suoi scritti precedenti, l'autore ha sostenuto che i diritti hanno una struttura internamente complessa, sono cioè agglomerati di posizioni soggettive intrecciate intorno a un interesse individuale e comprendono aspetti che possono essere più o meno significativi moralmente in rapporto all'interesse protetto da ciascuno di essi. A suo avviso i diritti, proprio in ragione di questa loro complessità, tendono a entrare in collisione reciproca o con altri interessi individuali o collettivi²⁸.

Nel libro qui commentato troviamo pagine altrettanto fini sul carattere internamente complesso del concetto di sicurezza, che viene presentato come un valore non solo individuale ma anche collettivo, un valore legato primariamente all'incolumità fisica, ma anche alla certezza del godimento dei propri altri diritti nonché al tranquillo svolgimento delle routines di vita (v. tutto il Cap. 5).

Con tutto ciò Waldron ha fornito, insomma, ottimi argomenti per criticare quegli usi dell'immagine della bilancia che trattano diritti e sicurezza come entità monolitiche e misurabili all'ingrosso.

²⁸ Vedi J. WALDRON, *Rights in Conflict*, in "Ethics", 1989.

Si ricava però l'impressione che, giunto al dunque, l'autore archivi le sue sottili analisi e distinzioni a beneficio di una raffigurazione, questa sì a mio avviso sommaria, delle ragioni dei diritti – di qualunque loro aspetto, per quanto periferico – come sempre prevalenti su quelle della sicurezza e di ogni limitazione dei diritti in nome della sicurezza come parimenti inaccettabile.

Essendomi già occupata altrove della questione, mi limito qui a rilevare che la logica traditrice non è quella del bilanciamento, ma è quella che fa di tuttata l'erba un fascio e ad esempio non tratta i casi come quelli indicati all'inizio del paragrafo come situazioni profondamente *diverse* tra di loro, perché incidenti su aspetti diversamente importanti dei diritti individuali²⁹. Ma una detenzione senza processo non può essere omologata alla videosorveglianza nei luoghi pubblici; un processo dinanzi a tribunali speciali controllati dall'esecutivo non può essere omologato al prelievo di un'impronta digitale.

Ammettere che sia plausibile e opportuno bilanciare non significa legittimare *qualunque* tipo di bilanciamento, quali che siano le entità messe sui piatti della bilancia: fuor di metafora, quali che siano i diritti o i loro aspetti di cui s'invoca una compressione. Del resto, lo stesso Waldron concede a un certo punto che «abbiamo la necessità di trovare un punto d'equilibrio tra le condizioni [i.e. la sicurezza] per garantire un valore [i diritti] e il godimento (forse talvolta precario) di quello stesso valore» (130).

Se è vero che i diritti sono questione di più e di meno (23), come determinare se essi debbano essere accresciuti o limitati a seconda delle circostanze, se non bilanciandoli reciprocamente e con altri interessi? Tale bilanciamento del resto viene operato sempre, a prescindere dalle emergenze terroriste: come lo stesso autore ammette (30). Infatti, la stessa definizione dei vari diritti è *già* il frutto di una complessa ponderazione in cui essi vengono "pesati" nei loro rapporti reciproci e in relazione agli altri interessi individuali e collettivi, tra i quali spicca appunto la sicurezza. Certo, il rischio posto dal terrorismo non può rappresentare una ragione sufficiente per ritoccare i bilanciamenti pregressi, ma non può neppure essere escluso a priori dal computo dei fattori rilevanti.

In realtà l'approdo degli argomenti di Waldron è proprio questo. Egli perviene a tale conclusione, oltre che col richiamo all'immagine un po' abusata dei diritti come carte vincenti che prevalgono su considerazioni di utilità sociale, anche in base a due altre considerazioni: 1. perché le misure securitarie hanno spesso di solito una portata solo simbolica, sono volte a dare l'illusione che i poteri pubblici "stanno facendo qualcosa" per combattere il terrorismo; 2. perché per sacrificare i diritti dovremmo avere

²⁹ Vedi il mio *Democrazia e diritti*, ETS, Pisa 2010, Cap. VII.

l'assoluta certezza (o una chiara misura della probabilità) che tale sacrificio sia fruttuoso, ossia che la sicurezza verrà di fatto incrementata.

Ambedue gli argomenti mi paiono deboli. Il primo trascura un aspetto della sicurezza che neppure Waldron peraltro sottovaluta, ossia la sua dimensione soggettiva, come timore di un rischio: anche il "solo" panico potrebbe meritare di essere governato, cosa che viene fatta sovente dal diritto in molti ambiti³⁰. Il secondo argomento invoca una *probatio* a tutti gli effetti *diabolica*. Ragionare in termini di certezze o anche di chiare probabilità è impossibile e non solamente su un fenomeno sommerso qual è il terrorismo; inoltre, ci imporrebbe di ridisegnare molti aspetti dei nostri diritti e dei loro limiti. Di solito abbiamo una nozione vaga delle probabilità rilevanti; ed allora, perché mai ad esempio dovrebbe essere vietato gridare "al fuoco!" in un teatro affollato, o obbligatorio costruire gli edifici con criteri antisismici, o consentito imporre la carcerazione preventiva per il rischio di reiterazione del reato?

Non c'è dubbio che per un liberale l'onere della prova grava su chi ravvisa l'opportunità di comprimere i diritti in nome della sicurezza; non c'è dubbio che alcuni diritti, o alcuni loro aspetti, sono troppo importanti per poter essere sacrificati in alcun caso; non c'è dubbio che è necessario temere i poteri pubblici tanto quanto il rischio terrorista (40). Ma nessuno di questi argomenti vale di per sé ad escludere a priori qualunque bilanciamento tra diritti e sicurezza.

3.2. L'argomento decisivo di Waldron contro un riequilibrio dei rapporti tra diritti e sicurezza in situazioni di emergenza terrorista fa appello però alla giustizia distributiva. Anche ammettendo che i diritti o alcuni di essi possano essere compressi o soppressi per far fronte ad esigenze di sicurezza, non sarebbe però accettabile sacrificare i diritti di alcuni per garantire la sicurezza di altri. Questo *trade-off* interpersonale comporterebbe l'uso di alcuni come mezzi per soddisfare interessi altrui. Il *trade-off* risulterebbe tanto più iniquo in quanto porta a sacrificare i diritti di una minoranza ben identificata dal punto di vista etnico e religioso (gli arabo-musulmani) a vantaggio delle esigenze di sicurezza della maggioranza. Il baratto non sarebbe dunque tra sicurezza e libertà, ma tra la *nostra* sicurezza e le *loro* libertà.

L'argomento appena riassunto ha riscosso molto successo nella letteratura post 11 settembre, essendo stato proposto anche da studiosi del calibro di Dworkin, ed è in effetti di gran peso: se l'incremento della sicurezza andasse a detrimento non solo delle libertà ma anche dell'uguale distribuzione delle

³⁰ Anche perché il panico tende ad autoalimentarsi, producendo costi, non solo economici, enormi. Vedi C:R: SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

libertà, è chiaro che i costi morali della accresciuta sicurezza potrebbero risultare intollerabili³¹. A maggior ragione se, come Waldron ritiene, la sicurezza anche dal punto di vista concettuale risponde a una grammatica egualitaria piuttosto che a una di tipo massimizzante o aggregativo.

Nondimeno, l'argomento ha qualcosa di poco convincente.

Intanto, non è chiaro se esso esprima una legge sociologica di portata generale, insomma se stia a significare che *ogni* compressione delle libertà in favore della sicurezza porterà sempre o nella maggior parte dei casi a una redistribuzione diseguale delle prime. Letto in questo modo, esso presenta qualche assonanza con la censura marxista al diritto borghese come intrinsecamente diseguale e comporta che la discussione venga portata sul piano della critica della forma giuridica in sé considerata. Non la ritengo una lettura plausibile delle idee di Waldron.

Un'interpretazione più plausibile è che l'argomento abbia ambizioni relativamente circoscritte e sintetizzi semmai il giudizio sulle politiche dell'amministrazione Bush seguite agli attentati del 2001 e su politiche consimili. In quest'ultimo caso andrebbe però chiarito se il giudizio critico riguardi il contenuto medesimo degli strumenti normativi adottati per combattere il terrorismo, che sarebbero *intrinsecamente* discriminatori, o se invece denunci il loro uso distorto da parte degli organi del potere esecutivo, che si sarebbero lasciati sopraffare dai propri pregiudizi etnici e razziali o da altri motivi inconfessabili nell'attuazione delle misure securitarie. Se la critica dovesse riguardare quest'ultimo aspetto, tuttavia, l'argomento risulterebbe alquanto debole perché potenzialmente estensibile ad ogni misura normativa, o almeno a quelle che, attribuendo eccessiva discrezionalità agli organi esecutivi, permettono ai pregiudizi di costoro di inficiare l'imparzialità della loro azione.

Waldron ricorda l'uccisione di un giovane brasiliano a Londra, a pochi giorni dagli attentati del 2005, trattandola (con una certa leggerezza) come il risultato delle misure antiterroriste britanniche che autorizzavano le forze di polizia all'uso anche letale della forza per prevenire presunte attività terroriste (13). Senza entrare nei dettagli del caso, è facile ribattere che imprudenze, errori di valutazione ecc. possono sempre verificarsi e sono semmai questi da stigmatizzare e prevenire per quanto possibile, non certo un presunto trattamento discriminatorio (che nessuno accamperebbe se si fosse trattato dell'uccisione del sospettato di un reato comune).

Dunque la critica mi sembra persuasiva solo se si focalizza sul contenuto intrinsecamente discriminatorio delle misure securitarie: che sarebbero egualitarie solo in apparenza, ma in realtà *strutturalmente coneguate per*

³¹ Tanto più intollerabili se è vero, come argomenta Waldron, che la minoranza discriminata soffre anche di una decurtazione della propria sicurezza.

dar luogo a un'applicazione diseguale, per colpire la minoranza (negli Stati Uniti) arabo-musulmana.

Waldron osserva che richiamarsi alla pura e semplice generalità delle misure adottate equivale a «formalismo infantile» (34) e ha ragione, perché, come tutti sappiamo, per soddisfare l'uguaglianza appunto formale basta che la norma si indirizzi a una classe di destinatari, il che non impedisce che a seconda del modo in cui la classe è costruita ne risulti una discriminazione³².

Ciò che conta non è dunque la generalità di un provvedimento normativo in sé considerata, quanto piuttosto il tipo di ragione che lo sostiene, ossia il fatto che, nel rivolgersi contro un sottogruppo dei suoi potenziali destinatari, esso sia sorretto da una giustificazione generale valevole anche per tutti coloro che potrebbero trovarsi nelle stesse condizioni del sottogruppo³³. Come osservano Posner e Vermeule, «Il problema è che, in ogni dato caso, una legge che si rivolge contro qualche minoranza o sottogruppo può essere giustificata da preoccupazioni di sicurezza reali. Se così è [...] la legge è "generale" precisamente nel senso che la base della classificazione presa di mira si applicherebbe a *qualunque* gruppo che ponesse un rischio simile alla sicurezza»³⁴. Quindi il vero problema è che la classe rilevante dei soggetti colpiti dalle misure non venga costruita sulla base di pregiudizi o generalizzazioni infondate, cioè che la classificazione sia equa e al contempo adeguata sul piano fattuale³⁵. Concentrarsi sugli arabo-musulmani (o meglio su coloro che ne hanno l'apparenza) per scovare i terroristi è ragionevole nella misura in cui i terroristi oggi sono prevalentemente arabo-musulmani. Se, in base ai dati statistici e demografici in nostro possesso possiamo ragionevolmente prevedere che l'attribuzione di rilevanza all'elemento etnico-religioso consentirà di catturare più terroristi oppure lo stesso numero di terroristi ma in maniera più economica (nei vari sensi della parola), non si vede perché dare rilievo a tale elemento debba ammontare a discriminazione: non è così, nella misura in cui esso sia combinato con tutti gli altri elementi effettivamente rilevanti al fine di costruire un *profiling* attendibile del terrorista³⁶.

³² J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1983, p. 216: «Le discriminazioni razziali, religiose e di altro genere non solo sono compatibili con norme generali ma spesso sono da esse istituzionalizzate».

³³ Così E.A. POSNER, A. Vermeule, *Terror in the Balance*, pp. 95-6.

³⁴ E.A. POSNER, A. Vermeule, *Terror in the Balance*, p. 117.

³⁵ Vedi R.R. BANKS, *Why Racial Profiling is the Wrong Question*, in "University of Pennsylvania Law Review", 2007, p. 180.

³⁶ Il punto è discusso da F. SCHAUER, *Profiling, Probabilities and Stereotypes*, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 2003, Cap. 7.

Il che naturalmente non chiude la questione, nel senso che lascia aperta l'eventualità che il *profiling*, pur fondato, venga adoperato in maniera vessatoria, per stigmatizzare o perseguire gli appartenenti a un gruppo sociale verso il quale si nutrono comunque dei pregiudizi (e non dubito che ciò sia accaduto negli Stati Uniti)³⁷. In questi casi si ha senz'altro ragione di dolersi, ma non perché il *profiling* o le misure adottate siano sbagliati in sé, bensì perché vengono adoperati nel modo sbagliato, oltre che controproducente per gli obbiettivi perseguiti. Insomma, un conto è la critica alle prassi applicative discriminatorie, un conto è la critica a una misura generale in quanto discriminatoria. Ho l'impressione che Waldron, così come Dworkin e tutti coloro che propongono lo stesso argomento, trascurino questa distinzione, invero banale.

Occorre però aggiungere che l'assenza dell'elemento etnico-religioso nella costruzione del *profiling* dei terroristi non ci libera magicamente da tutti i trattamenti discriminatori basati sul pregiudizio. L'istruzione di cercare i potenziali terroristi, poniamo, tra i giovani maschi *tout court* piuttosto che tra i giovani maschi di aspetto arabo-musulmano non elimina e forse accresce il rischio che, stante la maggiore discrezionalità degli organi investigativi nel primo caso, costoro operino sulla base dei propri idiosincratichi pregiudizi, con esiti ancor più deprecabili ai danni del gruppo etnico investito dal *profiling*³⁸.

È appena il caso di notare che la fondatezza della generalizzazione sottesa al *profiling* non ha ovviamente nulla a che vedere con la giustificazione del contenuto delle misure adottate. Per quanto sia fondato ricercare i terroristi tra le persone di origine (o apparenza) arabo-musulmana, non è giustificato, per me come per Waldron, introdurre misure liberticide come la detenzione senza processo, l'istituzione di tribunali speciali controllati dall'esecutivo ecc. L'iniquità di queste misure non discende però dal loro carattere ingiustamente discriminatorio, ed infatti non verrebbe meno neppure nel caso di una loro ipotetica applicazione randomizzata a tutta la popolazione.

Va da sé che la maggiore incisività dell'intervento statale basato su un *profiling* etnico-religioso potrebbe essere sacrificata sull'altare di valutazioni di opportunità: ad esempio l'opportunità di non suscitare sentimenti

³⁷ Nel dibattito statunitense, il *racial profiling* spesso viene indicato con l'espressione ironica *driving while black*, originariamente adoperata per indicare la propensione della polizia a sottoporre a controlli prevalentemente gli automobilisti afroamericani. Si veda M. GOLDONI, *La discriminazione di profilo: il racial profiling*, in "Jura Gentium", <http://www.juragentium.unifi.it> (ultima consultazione: 14/11/10). Per una trattazione equanime del tema, v. F. SCHAUER, *Profiling, Probabilities and Stereotypes*, citato.

³⁸ Vedi S.J. ELLMANN, *Racial Profiling and Terrorism*, in "New York Law School Review", 2002-3, p. 693.

di irritazione o addirittura di odio nel gruppo delineato dal *profiling* (in base alla considerazione che si tratta di gruppo storicamente oppresso, o tradizionalmente ostile, ecc.). Si tratterà di valutare se sia preferibile essere un po' meno sicuri oggi per esserlo un po' più domani (ad esempio perché i sentimenti di ostilità del gruppo preso di mira non si tradurranno in ritorsioni alle presunte persecuzioni); o se sia meglio essere meno sicuri in generale pur di vivere in una società meno conflittuale; o se sia preferibile rinunciare a una quota di sicurezza a vantaggio di relazioni internazionali pacifiche (con gli Stati da cui provengono quei gruppi etnici). Eccetera. Si tratterà in altre parole di compiere un *trade-off*, un bilanciamento di tipo consequenzialistico tra esigenze che puntano in direzioni diverse. Questi calcoli andrebbero possibilmente compiuti tramite una valutazione nel merito (al lordo dell'incertezza sempre presente in questo genere di valutazioni) e con la consapevolezza che, come in ogni bilanciamento, stiamo sacrificando una qualche esigenza in favore di un'altra giudicata parimenti degna³⁹.

³⁹ Schauer sottolinea che l'aspetto etnico del profilo del terrorista, essendo più saliente e visibile, tenderà ad essere sopravvalutato a scapito degli altri meno salienti e propone come strategia correttiva di tale iniquità di vietare il ricorso a questo elemento, accrescendo la spesa pubblica al fine di mantenere il tasso di sicurezza invariato. Per valutare adeguatamente la sua proposta occorrerebbe tener conto di un elemento che l'autore trascura, ossia che un aumento delle risorse economiche da destinare alla sicurezza si traduce inevitabilmente in una (ulteriore) compressione dei diritti: infatti tutti i diritti costano.