

REPRESSIONE PENALE DEL TERRORISMO INTERNAZIONALE E TUTELA DEI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI

FILIPPO PATERNITI

Nel contrasto al terrorismo internazionale, le Nazioni Unite chiedono rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali, riconoscendo che alcune misure provocherebbero discriminazioni e razzismo. Negli USA, tuttavia, si assiste alla criminalizzazione del nemico ed all'uso della guerra come pena. Più in generale, i sistemi penali occidentali tendono a configurare il fenomeno come rapporto soggettivo di inimicizia e ad attenuare le garanzie per soddisfare esigenze repressive. La politica criminale dell'UE definisce il fenomeno e individua gli interventi per contrastarlo. Negli Stati membri seguono tecniche normative finalizzate: alla concentrazione e al coordinamento delle indagini, all'ampliamento dei mezzi di ricerca della prova, all'uso di misure di prevenzione, al controllo sui finanziamenti ed alle regolamentazioni amministrative. L'intento è quello di prevenire anziché reprimere. Si ricorre alle fattispecie associative, all'incriminazione di atti preparatori e di forme di manifestazione del pensiero. Strumenti che condizionano valutazioni giuridico penali con categorie della politica internazionale, veicolando giudizi di valore illiberali. Pericolosità e prevenzione, individuazione di tipologie d'autore e stigma costituiscono i caratteri del sistema che esalta funzioni di scopo, trascurando proporzione e colpevolezza. Il diritto penale si trasforma da strumento di tutela di beni e di garanzie in arma sociale. Vengono utilizzate provvedimenti amministrativi e di polizia piuttosto che atti giurisdizionali. Nella giurisdizione il fine non giustifica i mezzi, ossia deroghe sulle regole e sulle forme. Questo tipo di repressione perde non solo la sua legittimità, ma anche la sua efficacia.

1. La posizione dell'ONU su lotta al terrorismo e tutela dei diritti umani

La risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 173 del 28 settembre 2001 chiede che tutti gli Stati assumano

una gamma esauriente di misure legislative, procedurali ed economiche, nonché di prevenzione, proibizione e criminalizzazione degli atti terroristici.

Ancora, nel contrasto al terrorismo, considera essenziale che gli Stati rispettino rigorosamente i diritti umani e le libertà fondamentali. Riconoscendó che la minaccia del terrorismo possa richiedere misure specifiche, chiede di astenersi da restrizioni sulle libertà fondamentali che provocherebbero legittimi dissensi.

Infatti, alcuni tra i provvedimenti suggeriti potrebbero violare la presunzione di innocenza, il diritto ad un giusto processo, il divieti di torture, i diritti alla privacy, la libertà di espressione e di assemblea ed il diritto di chiedere asilo.

Inoltre, colpendo di fatto determinati gruppi etnici o religiosi, le misure antiterroristiche potrebbero risultare contrarie alle leggi sui diritti umani ed agli impegni internazionali e rischierebbero di provocare l'aumento pericoloso di discriminazione e razzismo. Considerata l'importanza fondamentale dei diritti umani e delle libertà fondamentali in una società democratica libera ed aperta, gli Stati possono adottare nel contrasto al terrorismo misure restrittive dei diritti umani che procedano attraverso un bilancio tra la legittimità della sicurezza nazionale e le libertà fondamentali nel rispetto degli obblighi del diritto internazionale.

Si ribadisce che alcuni diritti non possono essere derogati in nessun caso e tra essi, il diritto alla vita, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, il divieto di torture o crudeltà, di trattamenti inumani o degradanti, i principi di certezza ed irretroattività della legge, eccetto una legge successiva più favorevole.

Per quanto riguarda gli altri diritti, una deroga è consentita solamente nelle circostanze speciali previste dal diritto internazionale sui diritti umani; deve essere di carattere eccezionale e valutata attentamente. Altre misure analoghe devono essere strettamente limitate nel tempo e nella sostanza e per l'intento richiesto dalle esigenze della situazione, nonché soggette ad una revisione regolare.

Il processo di adozione delle deroghe deve essere coerente alle procedure ed ai meccanismi nazionali ed internazionali. Lo scopo delle misure antiterroristiche è quello di proteggere i diritti umani e la democrazia, non di indebolire questi valori fondamentali delle nostre società.

L'Ufficio dell'Alto Commissariato per i Diritti Umani dell'ONU, il Consiglio d'Europa e l'Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani dell'OSCE sono pronti ad assistere gli Stati nello sviluppo di risposte appropriate al terrorismo e a controllare l'incremento delle misure antiterroristiche.

2. La reazione degli USA agli atti di terrorismo

La reazione americana agli attentati terroristici è avvenuta in termini di conflitto, caratterizzato dall'assenza di Stati contrapposti tra loro e, invece, da militari che combattono contro popolazioni civili o terroristi. Queste guerre si confondono con operazioni di polizia internazionale e considerano il nemico alla stregua di un criminale comune¹. Ma, la ricerca della legittimazione della guerra, che altrimenti diventerebbe un crimine internazionale di aggressione, rende necessaria la criminalizzazione del nemico. Il nemico lecitamente combattuto, in quanto costringe ad una difesa contro il suo reale o potenziale attacco, diventa un criminale.

In definitiva, la guerra viene utilizzata come pena per i crimini internazionali².

3. Effetti sulle modalità di intervento legislativo

I sistemi penali occidentali tendono a configurare il terrorismo internazionale in termini, oltre che di fatti gravemente offensivi, di rapporto soggettivo di inimicizia. Le definizioni legislative spostano l'accento da oggettive forme di manifestazione a soggettivi scopi perseguiti, dunque dal fatto all'autore. Si tratta del riscontro normativo di un dato criminologico che considera il terrorismo come uno scontro ideologico e culturale contro il modello di democrazia occidentale.

L'atto terroristico, connotato da simbolismo bellico, viene

¹ Andò, *Terrorismo e fondamentalismo islamico*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 73 e ss.

² Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 735 e ss., procede dall'inquadramento, storico e politico, del problema dei limiti della ragione di Stato nel diritto penale, e descrive un significato della guerra come reato e come pena, distinguendo tra l'autore Stato e l'autoria su larga scala.

considerato come un'aggressione alla società che nega le condizioni essenziali della sua esistenza, di conseguenza gli autori dei reati di terrorismo vengono considerati come nemici. Così, l'intervento penale per contrastare tale fenomeno criminoso, richiesto dagli accordi internazionali, è caratterizzato dall'introduzione di distinzioni sulle garanzie che vengono adattate alle esigenze repressive. Infatti, le tecniche utilizzate dal diritto penale sono costituite dall'anticipazione della soglia di punibilità, dalla considerazione dell'autore del reato come appartenente ad una categoria soggettiva, dalla degiurisdizionalizzazione del processo e dal trattamento sanzionatorio rivolto alla neutralizzazione dell'autore³.

Negli U.S.A., dopo i fatti dell'11 settembre 2001, oltre alle misure contro il finanziamento del terrorismo e all'espulsione degli stranieri sospettati di connessione con attività di organizzazioni terroristiche, entrambe di competenza dell'esecutivo, i procedimenti per i reati di terrorismo si svolgono esclusivamente presso speciali corti militari le quali non formulano imputazioni formali in tempi ragionevoli, costringono a detenzioni a tempo indeterminato, prevedono per gli imputati solo l'assistenza di difensori d'ufficio nominati dal governo, procedono attraverso udienze segrete, ammettono tutti i mezzi di prova e irrogano la pena di morte anche in assenza di unanimità⁴.

4. La politica criminale dell'U.E.

La decisione quadro 475/2002, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea per contrastare il terrorismo, ribadisce l'obbligo – che non può essere modificato – di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione.

In essa vengono definiti reati terroristici gli atti intenzionali che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi

³ Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, numero monografico, *Verso un diritto penale del nemico*, 4, 2006, p. 666 ss.

⁴ Vervale, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma sine leges?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 739 ss.

al fine di intimidire gravemente la popolazione, o costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale.

Le singole condotte criminose che esprimono le finalità sopra riferite vengono così precisate: attentati alla vita o all'integrità fisica di persone; sequestro di persona e cattura di ostaggi; distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture (compresi i sistemi informatici), piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; diffusione di sostanze pericolose, incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane e, infine, anche la sola minaccia di realizzare tali comportamenti.

L'UE considera organizzazione terroristica l'associazione strutturata di più persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici, non costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato né che preveda necessariamente ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata.

La decisione quadro prevede che gli Stati membri definiscano tali comportamenti quali reati in base al diritto nazionale, e, inoltre, che puniscano con una reclusione più severa di quella prevista per tali reati in assenza della finalità specifica, la direzione di un'organizzazione terroristica, la partecipazione alle sue attività, l'istigazione, il concorso e il tentativo, il fornire informazioni, mezzi materiali e qualsiasi forma di finanziamento, e che considerino reati connessi furto, estorsione e formazione di documenti falsi commessi per realizzare atti terroristici.

Sono possibili riduzioni di pena per chi rinuncia all'attività

terroristica, fornisca alle autorità amministrative o giudiziarie informazioni utili per prevenire o attenuare gli effetti del reato, individuare o consegnare alla giustizia i complici e acquisire elementi di prova.

Inoltre è prevista una responsabilità delle persone giuridiche, quando la persona fisica autrice del reato abbia potere di rappresentanza della persona giuridica o possa esercitare un controllo al suo interno o qualora siano commessi reati terroristici in suo vantaggio. In questi casi, oltre alle sanzioni penali, si applicano l'esclusione dal godimento di benefici o aiuti pubblici, il divieto temporaneo o permanente di esercitare attività commerciali, l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria e l'eventuale scioglimento, la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato.

Vengono individuate le regole attraverso cui gli Stati membri stabiliscono la propria giurisdizione e, infine, assicurate garanzie di assistenza adeguata alla vittima del reato e alla sua famiglia⁵.

5. Tecniche normative adottate in materia dagli Stati membri

Le scelte di politica criminale dell'UE si traducono, poi, in singoli interventi normativi che esprimono l'esigenza di una risposta rapida e, per quanto possibile, politicamente condivisa alle istanze di difesa sociale più che alle garanzie e alla tutela dei diritti fondamentali.

Per contrastare il terrorismo islamico, in Italia, Germania, Spagna e Regno Unito sono stati individuati strumenti repressivi già sperimentati per fronteggiare emergenze interne, che delineano un sistema diverso da quello "bellico" degli Stati Uniti ma caratterizzato da deviazioni rispetto al diritto e alla procedura penale ordinari⁶.

Nello specifico, si è intervenuto in maniera seguente:

⁵ Sbailò, *Definizione empirica e soluzioni temporanee. Terrorismo contemporaneo: nuove minacce e vecchi diritti*, in *Gnosis*, 3, 2005, osserva come la distinzione tra reati terroristici, reati riconducibili all'organizzazione, reati connessi e istigazione concorso e tentativo rende difficile definizioni univoche.

⁶ Vigandò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 648 e ss.

concentrazione delle funzioni di coordinamento nelle indagini, ricerca della prova attraverso regole speciali in materia di intercettazione delle comunicazioni e con l'impiego di operazioni sotto copertura, estensione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali previste per la criminalità organizzata, istituzione di nuovi strumenti di repressione del finanziamento del terrorismo.

I sistemi penali nazionali, quindi, hanno voluto mettere a frutto concrete esperienze investigative e processuali. In tal senso hanno ampliato il potere – anche in ambito e per finalità extra processuali – di raccogliere e utilizzare informazioni per l'accertamento dei reati ed esteso gli interventi autonomi delle forze di polizia, comprimendo, di conseguenza, le sfere private di garanzia e le libertà individuali.

Per prevenire il rischio di attentati contro l'incolumità pubblica sono state introdotte rigorose regolamentazioni amministrative di realtà astrattamente pericolose. Con ciò sono state messe assieme le più disparate: la disciplina degli esercizi pubblici di telefonia e internet, le attività concernenti gli esplosivi, le misure relative ai voli e agli aeroporti, i servizi di vigilanza che non impiegano personale di polizia e, ancora, il recupero di ogni risorsa utile alle funzioni di polizia anche a detrimento dell'efficienza di altre funzioni statali.

6. Il rilievo delle fattispecie penali associative

Negli ordinamenti degli Stati europei hanno assunto peso, nella lotta al crimine organizzato, le fattispecie associative⁷. Anzitutto, è possibile operare una distinzione, a seconda che inquadrino il formarsi dell'associazione criminale o la mera appartenenza ad essa. Nel secondo caso la reazione penale si attiva anche in mancanza della prova del diretto coinvolgimento dell'associato nei reati fine dell'associazione.

Si riscontra, in concreto, la struttura dei reati di posizione, nei quali si risponde in assenza dell'azione. Dunque, con riscontro probatorio modesto e difficile da obiettivare. In queste condizioni anche una bassa soglia indiziaria potrà consentire un'attività di indagine pesante e invasiva, il cui peso per l'indagato è da valutare

⁷ Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, II ed., 2005.

anche per la concentrazione investigativa in organismi che hanno specifico compito su tutto il territorio nazionale⁸. Quanto rappresentato esprime una preoccupazione evidente: quella di prevenire anziché reprimere la commissione di reati.

I soli indizi di inserimento nella struttura dell'associazione criminosa consentono di ottenere la custodia cautelare dell'indagato, svolgendo la stessa funzione della misura di prevenzione, permettono di neutralizzare la pericolosità del sospetto terrorista. Ancora, le singole legislazioni prevedono l'incriminazione di atti preparatori rispetto alla commissione di reati, in deroga al principio generale della loro irrilevanza penale.

Questi, in se stessi, non esprimono alcuna illiceità, possono manifestarla solo in dipendenza della loro finalizzazione. Ma questa ha bisogno di riscontro ed è possibile che l'indagine sulle finalità di atti per se non univoci prenda la via dell'inquisizione. Cioè che si ricavino intenzioni dalla storia personale dell'indagato o dalle sue abitudini di vita. Con ciò argomentando sulla responsabilità in mancanza di elementi oggettivi che possono dar corpo ad un giudizio di colpevolezza.

Il Terrorism Act 2006 inglese prevede, alla sez. 5, la pena dell'ergastolo per chiunque compia qualsiasi atto preparatorio rispetto alla commissione di un reato terroristico.

Il sistema penale italiano, oltre alle originarie fattispecie di istigazione e accordo a commettere reati, previste dagli articoli 302 e 304 c.p., e alla disciplina sulle autorizzazioni in materia di armi, ha introdotto una serie di ulteriori incriminazioni di condotte preparatorie: l'arruolamento e l'addestramento all'uso di armi e tecniche di combattimento con finalità di terrorismo, ex articolo 270 quater e quinquies c.p., e la fabbricazione e il possesso di documenti falsi validi per l'espatrio, ex art. 497 bis c.p.

Le istruzioni per la commissione di reati hanno rilevanza penale anche negli ordinamenti tedesco, § 130 a StGB, e inglese, sez. 6 Terrorism Act.

Viene richiamata, inoltre, l'incriminazione di condotte relative alla manifestazione del pensiero, attraverso l'introduzione, nell'ultimo comma dell'art. 414 c.p., di una circostanza aggravante

⁸ Melillo E Spataro, *Senza la creazione di una Procura nazionale a rischio il coordinamento tra gli uffici*, in *Guida al diritto*, n. 33, 2005.

ad effetto speciale per l'istigazione o l'apologia riguardante delitti di terrorismo. Comportamenti previsti pure dalle fattispecie di encouragement of terrorism, sez. 1 Terrorism Act, e di incitamento pubblico e di remunerazione o approvazione di reati, § 111 e 140 StGB.

Gli interventi legislativi enfatizzano le funzioni di prevenzione dei rischi per la sicurezza pubblica, proprie degli apparati di polizia, riducono i controlli giurisdizionali e le relative esigenze di accertamento e introducono bilanciamenti sulle garanzie individuali.

Emblematica l'espulsione dello straniero per motivi di prevenzione del terrorismo, che avviene solo sulla base di valutazioni di polizia, anche se il sospettato è sottoposto a procedimento penale, quindi senza autorizzazione delle competenti autorità giudiziarie.

Momentaneamente, quindi, si allontana un presunto terrorista che viene esportato e disperso. I caratteri assunti dal sistema penale si allontanano dalla determinatezza nelle descrizioni normative e dalla tassatività, dai principi di materialità e offensività, dalla proporzione tra fatto e misura della pena, dalla sussidiarietà dell'intervento⁹.

7. Le oscillazioni tra normativa non garantista e giurisprudenza attenta alla lesività del fatto

L'introduzione di reati associativi, costruiti su concetti indeterminati, veicolano giudizi di valore che possono essere illiberali e dar luogo a prassi interpretative di mero allineamento a orientamenti politici transitori e contingenti.

La valutazione della illiceità dell'azione risente e le fonti normative coinvolte non sono solo strettamente penalistiche ma risentono del peso di categorie della politica e del diritto internazionale.

Negli atti processuali entrano c.d. fonti d'intelligence, ossia dati provenienti da "acquisizioni informative" o "investigative" non meglio precisate, o da acquisizioni assunte in "contesti di collaborazione internazionale", spesso prive di qualsivoglia supporto

⁹ Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997.

genetico degno di rilievo e non puntualmente riscontrate. Inoltre, vengono utilizzati atti compiuti all'estero e non assistiti dalle garanzie difensive, in particolare, audizioni di soggetti assunti come testimoni anziché come indagati in procedimenti all'evidenza connessi e dunque senza le dovute cautele. E, ancora, dati provenienti dalle c.d. fonti aperte, ossia da informazioni giornalistiche o assunte per via telematica¹⁰.

Il processo, poi, da neutrale accertamento della responsabilità diventa strumento contro qualcuno, ad usum belli, attraverso congegni differenziati che operano sul piano dei mezzi di ricerca e tutela delle fonti di prova, delle intercettazioni ambientali e telefoniche, delle misure cautelari, della circolazione extra processuale degli atti e dell'assunzione della prova dichiarativa¹¹.

Gli strumenti sostanziali e processuali utilizzati dai legislatori per fronteggiare le emergenze criminali procedono ad una composizione dialettica degli interessi in conflitto, secondo cui la protezione delle strutture democratiche costituisce presupposto indispensabile a garanzia delle stesse libertà individuali, si parla in proposito di un sottosistema penale di eccezione¹².

Il sistema politico tende a delegare alla giurisdizione il compito di contrastare questi fenomeni. Le incriminazioni sono costruite su concetti di valore dal contenuto indeterminato, diffusi nella prassi politica corrente, e quindi soggette a possibili arbitri giudiziari.

L'appartenenza alla cellula terroristica rischia di essere desunta da provenienze etniche e ambientali dell'imputato o da stili di vita, che tengono conto della professione del credo religioso, secondo chiavi di lettura suscettibili di alimentare lo scontro di civiltà.

Occorre recuperare la dimensione garantistica del diritto penale e distinguere tra volontà di ledere beni giuridici e passaggio all'azione.

¹⁰ Sono le note osservazioni svolte dal Giudice per l'udienza preliminare di Milano, Clementina Forleo, nell'ordinanza del 24.1.2005.

¹¹ Morosini, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Questione giustizia*, cit., p. 691 e ss. sottolinea come per altro, per questo tipo di criminalità il processo costituisce il tentativo di affermazione del contropotere. Il conseguimento dell'impunità è un obiettivo funzionale all'organizzazione una sorta di necessità strutturale per la sopravvivenza, per rendere saldo il vincolo tra gli associati e per impedire defezioni.

¹² Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 1998.

Procede in questa prospettiva parte della giurisprudenza quando distingue tra fondamentalismo islamico e terrorismo, rilevando che:

“un gruppo islamico generalmente fondamentalista, se impegnato nel perseguimento di una finalità politica, potrà essere definito terrorista non per l'integralismo della sua adesione a precetti religiosi, ma per avere tra le sue finalità uno specifico programma di preparazione e compimento di attentati di natura terroristica”

e concludendo come:

“non bisogna confondere le strutture delle Moschee o dei Centri di studio islamici, finalizzati alla pratica religiosa e agli studi, con le strutture di gruppi clandestini che – in specifiche situazioni tutte da provare – hanno abusivamente utilizzato i suddetti luoghi di culto e di studio per compiere varie attività di tipo criminale, che comprendevano fattivi appoggi al terrorismo internazionale”¹³.

Dunque, nel rispetto della necessaria lesività della fattispecie, è richiesta l'esistenza di una struttura operativa adeguata al programma che si intende perseguire, e, quindi, la prova di supporti logistici, regole di funzionamento, attività di proselitismo e di finanziamento. Inoltre, relativamente alle singole posizioni, lungi dal valorizzare mere adesioni psicologiche al programma criminale, la dichiarazione di responsabilità necessita di un concreto passaggio all'azione dei membri del gruppo, sotto forma di attività preparatorie rispetto all'esecuzione di reati fine oppure all'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale¹⁴.

8. Gli inquietanti caratteri del diritto penale del nemico

Le riferite tendenze di politica criminale, già note ai sistemi penali, si caratterizzano per l'individuazione di peculiari tipologie di autore secondo scopi di marcata neutralizzazione e presentano modalità dell'intervento legittimate presso l'opinione pubblica.

¹³ Corte d'Appello di Milano, sentenza del 17 febbraio 2006.

¹⁴ È possibile estendere anche all'accertamento dei reati di terrorismo i rilievi svolti in tema di reato associativo e criminalità organizzata dalle Sezioni Unite della Cassazione, sentenza 15 settembre 2005.

Il tipo di intervento, supponendo un fenomeno destinato a mutare, risulta apparentemente temporaneo, tanto più se si configura come diritto eccezionale.

Pericolosità, prevenzione e stigma costituiscono i caratteri del diritto penale che esalta le sole funzioni di scopo e che trascura proporzione e colpevolezza¹⁵.

Le anticipazione della punibilità che realizzano le fattispecie associative, oltre alle carenze di determinatezza, consentono di punire anche figure marginali di fiancheggiatori o concorrenti esterni. L'utilizzazione di coefficienti soggettivi nella descrizione del fatto permette di tipizzare figure di autori altrimenti non punibili.

L'autore è pericoloso perchè organizzato contro lo Stato o la società civile insieme ad altri soggetti, si tratta di un tipo di devianza dove alla capacità criminale dei singoli si aggiunge lo spessore criminale delle associazioni di cui essi fanno parte.

Da strumento di tutela di beni e di garanzie, per il reo e per la vittima, il diritto penale si trasforma in un arma sociale, cosicché gli autori di questi reati vengono trattati come nemici dello Stato. Per esprimere la riaffermazione degli interessi e dei valori offesi e la lotta contro chi li aggredisce si etichettano come nemici gli autori dei fatti e si strumentalizza la loro persona.

L'uso politico del sistema penale come strumento di lotta contro un fenomeno piega il diritto a scopi che ne stravolgono le funzioni di garanzia. La forza che il diritto penale disciplina diventa violenza contro alcuni individui e supera i confini della pena adeguata alla colpevolezza.

L'autore è simbolo del fatto e la sua punizione deve esprimere pubblicamente la riaffermazione dei valori violati, l'ineluttabilità della pena e il messaggio morale della lotta contro di essi. Riemerge una funzione etica del diritto penale e la pena esemplare.

Risulta una realtà punitiva contrassegnata dalla perdita di alcuni diritti fondamentali e quindi dalla stessa violazione dei diritti dell'imputato e dell'uomo. L'intervento penale, per le

¹⁵ Donini, cit., oltre le emergenze criminali della criminalità organizzata e di tipo terroristico, iscrive in questa logica, anche le misure di sicurezza e la guerra come reato o come pena. Individua, poi, un ulteriore significato nell'uso strumentale del diritto penale in funzione simbolica.

particolari situazioni che deve fronteggiare, si colloca in uno stato d'eccezione¹⁶.

Nel dibattito contemporaneo la dottrina penalistica colloca la categoria del nemico quale destinatario delle politiche criminali¹⁷. Si tratta di un insieme di norme speciali o eccezionali non inserite in una logica di sistema, per questo si dice di sottosistema o di doppio binario.

Per gli ordinamenti, anche nei sistemi democratici, esistono tipi di autori che vengono trattati in modo non solo differenziato, ma anche discriminatorio, e osteggiati. Il terrorista viene considerato come nemico delle istituzioni, della società, dello Stato, come colui che rompe il patto sociale.

Per legittimare questa impostazione vengono richiamati passi isolati della tradizione filosofica moderna. Nel pensiero di Rousseau e Fichte il delitto comporta la rottura del patto sociale e fa perdere al cittadino il suo status, rendendolo un nemico per la società. Hobbes ravvisa la perdita dei diritti di cittadino solo per alto tradimento e Kant nel caso di minaccia costante alla sicurezza¹⁸.

Il criminale per ideologia, che mettendo in pericolo la collettività si colloca al di fuori dell'ordine sociale e in contrasto con l'ordinamento giuridico, va trattato come un soggetto pericoloso. La pena non contraddice la violazione di una norma da parte di un soggetto che riconosce l'ordinamento, ma svolge il mero compito di eliminazione di un pericolo.

Si arriva ad affermare che "lo Stato non deve considerare questi soggetti come persone, giacché in caso contrario lederebbe il diritto alla sicurezza degli altri"¹⁹.

¹⁶ Donini, cit., riconduce a Carl Schmitt la teorizzazione e la legittimazione degli stati di eccezione e la riduzione della lotta politica ad una forma di guerra.

¹⁷ Questa formula viene introdotta nei primi anni ottanta da Jakobs in una accezione descrittiva dell'atteggiarsi dei sistemi penali, e successivamente ripresa in funzione anche prescrittiva, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Hochstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, p. 88 e ss.; ID, *Terroristen al Peronen im Recht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, p. 839 e ss.

¹⁸ Jakobs, op. cit.

¹⁹ Jakobs, *Terroristen al Peronen im Recht?*, cit., testualmente, ritiene che non offrano garanzie cognitive sufficienti di un comportamento personale.

Per concludere come il limite dei diritti fondamentali non può essere opposto quando questi vengono violati.

9. La restrizione delle garanzie

Il nemico, in quanto tale, non è innocente né colpevole, viene solo prima etichettato come pericoloso e poi neutralizzato. Per contrastarlo occorrono misure amministrative o strumenti di polizia piuttosto che atti giurisdizionali.

I lager nazisti, introdotti in Germania nel 1933, detenevano soggetti etichettati come pericolosi per la sicurezza e l'ordine pubblico, arrestati mediante un provvedimento amministrativo senza controllo giurisdizionale e senza termini di durata.

Era stato proclamato quello stato di eccezione, previsto dalla Costituzione di Weimar, che, in modo formalmente legittimo, prevedeva la sospensione di una serie di garanzie di libertà.

Negli Stati Uniti, dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre, viene proclamata un'emergenza nazionale, anch'essa prevista dalla Costituzione.

Il richiamo alla guerra come giustificazione per l'esercizio di poteri eccezionali, dunque, è già stato sperimentato dalla politica criminale. Quella contro il terrorismo viene definita dalle istituzioni americane "un nuovo tipo di guerra"²⁰, in una accezione che comprende la guerra sia militare che penale.

Vengono individuate nuove categorie di autori pericolosi, unlawful combatants (combattenti illegali) e enemy combatants (nemici combattenti). Essi vengono privati di diritti e garanzie altrimenti spettanti a indagati e imputati, e, se catturati in guerra, dello status di prigioniero riconosciuto dalla Convenzione di Ginevra del 1949²¹.

Dunque, si esclude ogni controllo non solo giurisdizionale ma anche di diritto internazionale umanitario, garantendo l'impunità per l'operato dei carcerieri.

Per prevenire la commissione di reati, viene sottoposto ad indagine anche chi acquista libri o naviga su siti internet sospetti,

²⁰ Andò, *Terrorismo e fondamentalismo islamico*, cit.

²¹ *Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban*, del 25 gennaio 2002.

chi professa determinate religioni o fa beneficenza ad alcuni enti. Le detenzioni illimitate sono finalizzate a scopi di intelligence gathering, e gestite con modalità afflittive caratterizzate da estrema severità, spesso integranti trattamenti inumani e degradanti se non vere e proprie forme di tortura.

Abductions e renditions costituiscono veri e propri sequestri di persona.

Si nega una risposta nei termini del diritto penale nei confronti di soggetti per cui è rifiutata la stessa qualifica giuridica di nemico, trattandosi appunto di combattenti illegali²².

La tortura viene utilizzata come strumento di acquisizione della confessione e, al tempo stesso, di intimidazione generale: ha un carattere strategico, viene minacciata e praticata²³. È lo stesso modello già sperimentato dalle dittature latino-americane e teorizzato dalla dottrina della c.d. sicurezza nazionale.

La guerra si riabilita come strumento penale per mantenere l'ordine pubblico internazionale e il diritto penale si legittima nelle sue forme con la logica della guerra. Come si vede sostanzialmente si confondono.

Il procedimento riferito, in definitiva, esprime la criminalizzazione del nemico e la militarizzazione della giustizia²⁴.

10. I rischi del contrasto bellico

Lo schema sopra cennato stravolge gli elementi e le dinamiche del sistema penale. Manca la previsione legale e l'accertamento giudiziario del fatto punibile, e in base al semplice sospetto si identifica ed elimina. Si individuano presunti autori e non azioni. Si riscontra il presupposto della pena non nella commissione di un reato, ma nella qualità personale, determinata con criteri meramente potestativi. Non si utilizzano prove ma diagnosi e

²² Così Franchiotti, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto. Strategie antiterrorismo e giurisdizione negli Stati Uniti*, in *Questione Giustizia*, cit., p. 699 e ss.

²³ Fino ad essere codificata ed esposta per tesi da Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat Responding to the Challenge*, 2002, passim.

²⁴ Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, cit., p. 797 e ss.

prognosi politiche. Colui che viene qualificato delinquente politico è considerato nemico da sopprimere nell'interesse generale. Peraltro, lo identifica *extra legem*, attraverso strumenti empirici e inquisitori.

Oltre l'efficienza dell'intervento, prevale una concezione autoritaria della giustizia che attenziona il reo prima del reato, e la sua pericolosità prima della sua responsabilità.

Sostanzialismo e soggettivismo comportano la perdita di tutte le garanzie processuali di questo modello, che opera in direzione oltre del soggetto anche dell'oggetto del giudizio. Infatti, il processo si trasforma in momento di lotta alla criminalità terroristica e, da procedura di verifica delle ipotesi, in tecnica di inquisizione sulla persona, sulla sua identità politica o religiosa, sulla sua condizione sociale o culturale²⁵.

Questo tipo di repressione perde non solo la sua legittimità, ma anche la sua efficacia.

Tale elaborazione teorica risponde: ad esigenze di sicurezza che si intensificano²⁶; a posizioni delle vittime, in cui il potere punitivo tende ad identificarsi; alla dimensione della criminalità, che da comportamento individuale diventa fenomeno sociale; a componenti demagogiche della politica, che degenerano in una legislazione penale simbolica. Infatti, il terrorismo internazionale esaspera il senso di insicurezza, implica una iper-vittimizzazione di innocenti, unisce gruppi e interessi diffusi, e nell'azione di contrasto evoca l'idea dello scontro di civiltà e religioso.

Tuttavia, se il fenomeno criminale risponde a logiche belliche non tradizionali, la militarizzazione dello strumento penale realizza un rapporto pericoloso tra risposta militare e risposta giudiziaria²⁷.

Spirale di violenza e cultura del fanatismo sono scopi strategici perseguiti dal terrorismo, e necessitano di essere affrontati come fenomeni criminali piuttosto che bellici²⁸. In modo che si risponda, invece di respingere e neutralizzare con la guerra, dopo

²⁵ Ferrajoli, *op. ult. cit.*

²⁶ Andò *Mediterranean security and human rights after the cold war*, 1997.

²⁷ Sbailò, *Terrorismo contemporaneo nuove minacce e vecchi diritti*, in *Gnosis*, cit.

²⁸ Andò E Sbailò, *Oltre la tolleranza. Libertà religiosa e diritti umani nell'età della globalizzazione*, 2004, dimostrano come "nuove guerre" e terrorismo internazionale nascono e si sviluppano secondo logiche che la cultura occidentale non riesce a dominare.

accertamenti sulle responsabilità e individuazioni delle complicità, attraverso la punizione dei colpevoli.

Gli attentati riconosciuti come atti di guerra, se non qualificati giuridicamente come crimini, elevano il terrorismo a livello di Stato belligerante²⁹.

Le caratteristiche strutturali di queste modalità di intervento sono incompatibili, prima ancora che con le garanzie fondamentali, con la ratio del diritto penale.

Nella giurisdizione il fine non giustifica i mezzi, ossia deroghe sulle regole e sulle forme.

Lo Stato di diritto è incompatibile col diritto penale di eccezione, espressione della ragion di Stato che subordina i mezzi non predefiniti a fini stabiliti dal governo anziché subordinare i fini politici all'impiego di mezzi giuridicamente stabiliti.

L'uso di poteri e misure eccezionali non necessita di una gestione da parte della magistratura³⁰, ma di vincoli e controlli politici e, soprattutto, di legittimazione costituzionale che, ad esempio in paesi come l'Italia, non è prevista.

²⁹ Andò E Sbailò, cit., le cui riflessioni inducono a considerare come le istituzioni pubbliche, private di forza politica, si abbassano al livello delle organizzazioni terroristiche. Terrorismo e guerra si alimentano reciprocamente e presentano caratteristiche comuni.

³⁰ Sbailò, *Espansione del potere giudiziario e risposta della politica*, in *Gnosis*, cit.