

KLAUS VOLK

LA NORMATIVA DI CONTRASTO AL TERRORISMO
IN GERMANIA

1. La regola e l'eccezione

Il problema fondamentale nella lotta al terrorismo è facile da spiegare. Nella lingua tedesca esiste un proverbio giuridico: “*L’eccezione conferma la regola*”. Se quindi nella nostra lotta al terrorismo facciamo un’eccezione alle regole dello stato di diritto, ciò conferma la regola che viviamo in uno stato di diritto? O non è forse così che uno stato è solamente uno stato di diritto, in quanto si attiene senza eccezioni alle sue regole? Quel proverbio risale al diritto romano. Lì però si diceva: “*Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis*”¹. Non illudiamoci allora. Una pecora nera è una pecora nera. Non se ne ha bisogno per confermare la regola che la maggioranza delle pecore è bianca. La sua esistenza ci impedisce solamente di formulare la regola che tutte le pecore sono bianche. E un’eccezione ai principi di uno Stato di diritto non conferma questi principi, ma significa soltanto che ad essi ci atteniamo il più delle volte, ma non sempre.

Ora dobbiamo allontanarci da questo pensiero in “bianco e nero” e diventare più precisi. Alle regole possono esserci anche eccezioni che a loro volta si mantengono nell’ambito di ciò che è lecito in uno Stato di diritto. Questo è il punto decisivo. In questo caso lo stato di diritto non cessa di essere uno stato di diritto. La questione è solamente secondo quali criteri ciò debba essere giudicato.

Per un esempio faccio riferimento alla legge (tedesca) sulla c.d. “interruzione dei contatti” del 30.9.1977. Il testo è il seguente:

«Qualora esista un pericolo attuale per l’incolumità fisica, la vita o la libertà di una persona, e fatti determinati diano ragione di sospettare che il pericolo provenga da un’associazione terroristica, è possibile interrompere qualsiasi contatto dei detenuti tra loro e con il mondo esterno, incluso il

¹ Cfr. ELSENER, *Keine Regel ohne Ausnahme. Gedanken zur Geschichte der deutschen Rechtspruchwörter*, in: *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, Karlsruhe 1964, pag. 23 ss.

contatto scritto ed orale con il difensore, se tale interruzione è necessaria per prevenire tale pericolo»².

Nel 1977 l'associazione terroristica RAF assassinò il procuratore generale federale *Buback* ed il banchiere *Ponto*. Il 5.9.1977 l'industriale *Schleyer* fu sequestrato (e più tardi assassinato). Esistevano indicazioni che questo sequestro era stato appoggiato ed organizzato dai membri della RAF reclusi e che i loro difensori vi avevano partecipato. Il 9.9.1977 i Ministri di Giustizia degli stati federali ordinarono "l'interruzione dei contatti". Si basarono sulla regola generale della causa di giustificazione dello stato di necessità del § 34 StGB. Una soluzione molto controversa. In una situazione di necessità, dalla quale non è possibile liberarsi altrimenti, chiunque può, per preservare i propri interessi, violare gli interessi altrui, se questi hanno un peso ovviamente minore. Ma anche lo Stato è "chiunque", anche lui può liberarsi dalla necessità in questo modo? Questo problema fondamentale è tuttora in discussione. Qui lo tralascio perché nel caso concreto la legge sul blocco dei contatti è stata discussa in parlamento e messa in vigore già il 30.9.1977. Insomma, l'intero procedimento di legge durò solamente due giorni. Questa legge da un lato prova che il pretesto tanto in voga per misure di necessità, cioè che il procedimento legislativo sia troppo lungo e ottuso, è veramente solo un pretesto, e dall'altro che leggi speciali per situazioni fuori dalla norma non vengono abolite una volta che non sono più necessarie. La legge è tuttora in vigore. La Corte costituzionale tedesca l'ha giudicata conforme alla Costituzione³. L'eccezione dalla regola che dovrebbe garantire al difensore sempre un contatto incondizionato con il suo cliente, si manterrebbe ancora nei limiti dei principi costituzionali.

2. Vita contrapposta a vita?

Diversamente, ha deciso poco tempo fa la Corte costituzionale federale⁴. Si trattava di una legge creata sotto l'impressione di quanto accaduto l'undici settembre 2001 a New York ("9/11"). L'intenzione era di regolare il "sequestro" di un aereo usato come arma. La legge

² § 31 EGGVG, 1^a frase.

³ BVerfGE 49, 24.

⁴ BVerfG NJW 2006, 751

sulla “*Sicurezza nei cieli*” del 11.1.2005 dava al Ministero federale della Difesa la competenza di decidere l’abbattimento. Il testo del § 14 recitava:

«(1) *Per impedire l’avvenimento di una disgrazia particolarmente grave, le forze armate nello spazio aereo possono allontanare aerei, costringerli all’atterraggio, minacciare l’uso delle armi e sparare colpi di avvertimento.*

(3) *L’azione diretta con la forza delle armi è solamente permessa, qualora, secondo le circostanze, è da supporre che l’aereo verrà usato contro la vita di persone e solo se sia l’unico mezzo per respingere questo pericolo attuale.»*

Lo Stato federale non aveva la competenza per una norma di questo genere. La legge fallisce già per questo motivo. Fino a quando era in vigore, quando si prendeva posto in aereo, veniva in mente *Dante*: «*Lasciate ogni speranza, voi ch’entrate*».

Prendiamolo come modello di una competenza che il legislatore vuole crearsi nella lotta al terrorismo ed esaminiamola secondo principi generali. Coloro che erano a favore della legge, hanno tentato ogni via per salvarla.

a) La legittima difesa (cioè legittima difesa a favore di terzi) è sicuramente da escludere. Può essere diretta solamente contro l’aggressore, non contro terzi non coinvolti, e i passeggeri non sono gli aggressori (ma a loro volta aggrediti). Non lo sono neanche qualora si volesse vedere un parallelo con i casi nei quali persone sono state utilizzate come scudi umani.

b) Alcuni hanno sostenuto che i passeggeri avrebbero accettato la loro morte, e quindi acconsentito alla loro uccisione, per evitare la morte di altri. Altri sono andati tanto oltre da sostenere che questo consenso lo si sarebbe tacitamente dichiarato già con l’ingresso nell’aereo. A prescindere dal fatto che ciò è una finzione totalmente al di fuori dalla realtà senza nessun fondamento realistico – non si può acconsentire validamente all’uccisione di sé stessi (secondo la legge tedesca: § 216 StGB).

c) Non così assurda è l’idea della causa di giustificazione dello stato di necessità (§ 34 StGB). Presuppone che non sia possibile prevenire in altro modo il pericolo per un bene giuridico se non con il sacrificio di un altro bene giuridico non coinvolto, e che “*nella ponderazione degli interessi contrapposti, testualmente dei beni giuridici coinvolti e del grado del pericolo incombente su di loro, l’interesse protetto su-*

peri fundamentalmente l'interesse pregiudicato.” Inoltre, il fatto deve essere un “*mezzo adeguato*” per respingere il pericolo.

La regola è chiara ed univoca: una vita non può essere bilanciata da un'altra vita. Qualsiasi vita ha lo stesso rango e valore. “*Vita contro vita non funziona*”, diciamo nelle lezioni universitarie. La questione è se possa esistere un'eccezione a tale regola. Alcuni lo sostengono.

aa) Viene da un lato propagato un “*principio del male minore*”. Nel risultato sociale globale sarebbe meglio sacrificare alcuni e salvare tanti. Messo in relazione al caso in questione, la legge sulla sicurezza nei cieli, questo principio non aiuta, dato che là non ci sono quantificazioni. Permetterebbe l'abbattimento di un aereo con 400 passeggeri, se esso fosse diretto a schiantarsi di notte contro un grattacielo, nel quale si trovano solamente 4 persone del servizio di sicurezza. Indipendentemente da ciò, è erroneo l'approccio. Sarebbe corretto nella collisione di valori materiali. Se però si tratta della vita di persone, è errato. La dignità umana proibisce di considerare una persona come la voce di un conto in un bilancio generale.

bb) Un altro tentativo di argomentazione non incorre in questo errore della quantificazione, ed argomenta invece con “*l'asimmetria delle possibilità di salvataggio*” (così anche il precedente Ministro dell'Interno Schily di fronte alla Corte costituzionale federale). Ai passeggeri non verrebbe sottratto nulla, dato che la loro vita sarebbe persa comunque. Il suo valore perciò tenderebbe, per così dire, verso lo zero, e quindi sarebbe così possibile ponderare. Contro di ciò si deve anzitutto addurre che la vita proprio quando è in pericolo ha bisogno di particolare protezione. Inoltre questo argomento aprirebbe chiuse che si devono mantenere ermeticamente serrate. Se lo si accettasse, si potrebbe giocare a fare il “buon Dio” anche in altri casi. Perché allora non staccare un uomo anziano dai macchinari per la rianimazione e farlo morire adesso, se questi macchinari servono per la giovane vittima di un incidente? Perché aspettare di prelevare gli organi per un trapianto che il paziente sia veramente morto? I giuristi volentieri, quando non hanno argomenti migliori, dicono “*dove andremmo a finire*”. In questo caso però si tratta di un argomento eccellente, imbattibile. L'obbligo dello Stato di proteggere la vita e la garanzia della dignità umana sono validi finché la persona è in vita, anche se è in procinto di morire.

cc) Una terza opinione parte dall'obbligo dello Stato di proteggere anche le persone in pericolo a terra. Le persone dovrebbero essere solidali a vicenda. Quelli nell'aereo farebbero eccessivamente ricorso all'obbligo alla solidarietà, viene sostenuto, se insistessero ad allungare

la loro vita in procinto di finire per un periodo di tempo molto corto. La situazione di conflitto non ha però niente a che fare con la solidarietà. Coloro che sono a terra possono pretendere che qualcosa venga fatto per loro. Coloro che si trovano in aria possono pretendere che non si agisca contro di loro, vale a dire che si ometta qualcosa, e cioè un intervento dello Stato che li ucciderebbe. Qualsiasi persona non coinvolta può pretendere che i suoi diritti vengano rispettati. Li deve sacrificare temporaneamente, quando l'obbligo alla solidarietà lo impone. Nessuno può però pretendere che per solidarietà si sacrifichi la propria vita. Non coinvolti in questa situazione di conflitto sono anche i passeggeri nell'aereo. Non si sono messi in pericolo, ma sono diventati vittime di coloro che li hanno messi in pericolo.

dd) Ciò sfugge ad una quarta opinione. Si ritiene che la situazione sia un caso di stato di necessità difensivo e ci si richiama all'opinione maggioritaria, secondo la quale è sufficiente che il pericolo oggettivamente provenga dalla sfera di una persona, senza che sia necessario che essa ne sia responsabile. Ciò è sì corretto, ma non è idoneo a questa situazione. Il pericolo proviene dalla sfera dei passeggeri, solamente se si vuole fare "*dei fratelli dei nemici*" e si attribuisce ai passeggeri la minaccia dei terroristi. Ciò è sbagliato. I passeggeri che sono stati usati, non fanno parte della sfera giuridica dei terroristi. Non hanno aumentato il rischio e non sono la fonte del pericolo. Non devono sopportare di essere considerati parte di un'arma e di essere considerati "oggetti del diritto delle cose" (Kant).

Con ciò abbiamo analizzato ogni aspetto immaginabile per la giustificazione dell'abbattimento. Nessuno di loro offre una motivazione solida.

Una nota a margine: un pilota che decide di sacrificare i passeggeri per salvare altri, potrebbe rifarsi allo stato di necessità non codificato. Ma si tratta solo di una scusante, e non di un'autorizzazione dell'intervento.

De lege lata non esiste un'eccezione alla regola che una vita umana non può essere bilanciata da un'altra vita.

3. Lo Stato sull'abisso

La prossima domanda sarebbe se lo Stato possa introdurre una tale eccezione, cioè una nuova causa di giustificazione. Questa è la domanda sui limiti costituzionali del potere legislativo. Essi sono supe-

rati se il diritto alla vita e la dignità umana vengono disprezzati. Una nuova causa di giustificazione quindi fallirebbe per gli stessi motivi appena esaminati di giustificare la legge vigente.

Il dovere dello Stato di proteggere i diritti fondamentali potrebbe caso mai essere in questione qualora ciò non abbia più senso, perché l'esistenza stessa dello Stato è minacciata. Qualora il cuore dello Stato smetta di battere, si deve sacrificare la propria vita per solidarietà con lui? Ciò dipende (anche) da come si intende il contratto sociale che crea lo Stato. Si dà il proprio consenso solo a leggi che sono espressione dei miei interessi individuali (*Hobbes*), o trasmetto allo Stato anche il diritto di proteggere interessi generali che si trovano al di là dei miei interessi e possono essere in contraddizione con essi (*Rousseau*)? In questo secondo caso lo Stato, qualora sia minacciata l'esistenza della comunità, si può volgere contro di me. Lo Stato che lotta per la sua sopravvivenza si trova in guerra e, nel caso di difesa secondo la legge marziale, possono essere uccisi anche innocenti. Ci troviamo in guerra? Ritengo ciò, diversamente forse da George W. Bush, una domanda retorica. Torniamo ai fatti.

4. Il terrorista è un terrorista?

Tutto ciò che abbiamo sentito finora presuppone che si sia sicuri di procedere contro terroristi. Ciò è raro. Nella maggior parte dei casi si hanno solo indizi, un sospetto. Voglio chiarire ciò una volta di più con l'esempio della fallita legge sulla "sicurezza nei cieli". L'11 Settembre 1972 – per la memoria: Giochi Olimpici a Monaco, attentato alla squadra israeliana – un aereo viaggiava da Stoccarda a Monaco. La sorveglianza dei cieli annuncia che è fuori controllo. La formazione d'allarme si era già alzata in volo. Tutti gli annunci erano errati. Si trattava di un aereo finlandese con il sistema radar fuori uso. Solamente in Germania ogni anno più di 340 aerei rimangono senza contatto radio, 30 volte è avvenuta un'identificazione a vista da parte dell'aeronautica militare. Il pericolo di una valutazione errata è enorme. Infatti non si hanno informazioni dall'interno dell'aereo. Difetto tecnico, terroristi? Lo si dovrebbe decidere il più tardi possibile, per essere sicuri. Lo si dovrebbe decidere possibilmente presto per mantenere minore il danno. Cos'è presto e cos'è tardi in vista del fatto che ci vogliono solamente 100 minuti per sorvolare tutta la Germania? Chi in una situazione tale si troverebbe pronto a proclamare con sicurezza

e in modo univoco lo stato di necessità? Esistono situazioni che si sottraggono alla regolamentazione da parte del diritto.

Torniamo alla questione se nella lotta al terrorismo si possano fare eccezioni alle regole.

5. La Tortura

La tortura vietata potrebbe essere eccezionalmente permessa? Per anticipare il risultato, ritengo che sia un errore di ragionamento permettere la tortura in certi casi cosiddetti eccezionali.

Alcuni anni fa lo studente di Giurisprudenza Magnus Gäfgen aveva sequestrato a Francoforte il figlio di un banchiere e lo aveva anche ammesso. Il vicepresidente della polizia di Francoforte minacciò di torturarlo, se non avesse rivelato dove teneva nascosta la sua vittima. In quel momento, cosa che non si sapeva, la vittima era già morta. Il caso ha scatenato in Germania un dibattito vivace nonché acceso, se la polizia in casi del genere possa torturare. Nel caso concreto ciò non è avvenuto, ma ovviamente non ha senso valutare se con la tortura si possa almeno minacciare. Sarebbe una minaccia a vuoto se poi non potesse essere realizzata. Il comportamento del vicepresidente della polizia è umanamente comprensibile. Lo si può forse scusare oppure pensare alla grazia⁵. Ma ciò non è il nostro problema. La questione è se la tortura possa essere permessa.

Il divieto della tortura è fissato nelle convenzione ONU sulla tortura nell'art. 3, 15 CEDU (Convenzione Europea dei diritti dell'uomo) e nell'art. 104 Co. 1, 2^a frase della Costituzione tedesca. Nessuno ne vuole limitare l'applicazione nell'ambito dell'azione penale e permettere la tortura ad esempio per scopi repressivi, cioè per estorcere una confessione. Ma per scopi preventivi, cioè per la prevenzione di pericoli, si dovrebbe, come dicono alcuni, in casi gravi fare un'eccezione.

Infatti, anche nel caso del cosiddetto "colpo fatale sparato dalla polizia per salvare vite" sarebbe permesso uccidere il gangster per salvare l'ostaggio. Allora qui dovrebbe essere permesso di fare meno, cioè torturare un poco il sequestratore, quindi solo ferirlo. Ma la situazione è tuttavia completamente diversa. Al sequestratore deve essere impedito di fare qualcosa, e cioè di uccidere l'ostaggio. Il seque-

⁵ Il tribunale di Francoforte sul Meno ha dichiarato il suo comportamento anti-giuridico, StV 2003, 325.

stratore deve essere costretto a fare qualcosa, e cioè a rivelare dov'è il nascondiglio. Servirebbe a poco sparargli. Appunto non sarebbe sensato per il salvataggio della vittima. L'argomento a prima vista buono "*a maiore ad minus*" non coglie il punto.

L'errore è di quelli fondamentali. La differenziazione fra fini repressivi e preventivi è solo un gioco di parole. Di fatto non li si può distinguere. E anche se si potesse, con il limitato permesso della tortura per fini strettamente preventivi non sarebbe risolto nulla. L'intera situazione, nel caso Gäfgen, partì dal fatto che si sapeva chi era l'autore. Come comportarsi quando "l'autore" non ha confessato, ma invece è solamente sospettato di essere l'autore da parte della polizia? Lo si può torturare finché confessa, dunque, proprio per fini repressivi per cui la tortura è severamente vietata, per poi poter passare finalmente alla tortura preventiva "permessa"? Ciò è assurdo.

Se si rimane fermi sul punto che la tortura non possa essere permessa in nessuna circostanza, allora si soffre delle circostanze e si devono sopportare le loro conseguenze che, in singoli casi, possono essere anche terribili. Sarebbe però ancora più terribile dare anche solo un dito al diavolo vestito da torturatore. Lo stato di diritto non può vendere la propria anima.

Anche per le c.d. eccezioni al divieto di tortura, si incontra ogni volta lo stesso male fondamentale dal quale è afflitto il dibattito sul terrorismo: ci si crede in possesso della verità. Il terrorista è un terrorista e non solo un sospettato di essere un terrorista. Nel momento in cui ci si pone dalla situazione di certezza in quella di sospetto, gli argomenti perdono la loro forza.

6. Il diritto penale per il nemico

Lo stesso vale per la concezione di un diritto per il nemico. *Jakobs* lo ha concepito. Lo vede al di fuori delle garanzie offerte dal "diritto penale del cittadino". Chi, dice *Jakobs*, "*non offre sufficiente sicurezza col proprio comportamento personale, non solo non può aspettarsi di essere ancora trattato da persona, ma anche lo Stato non lo può più trattare come una persona, perché allora violerebbe il diritto alla sicurezza delle altre persone*"⁶. La critica è unanime anche a livello internazionale. Il diritto penale per il nemico abolisce coscientemente la

⁶ JAKUBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, Hung-GS 2003, pag. 56.

dignità umana, il principio di colpevolezza, il principio d'eguaglianza, il diritto penale basato sul reato e non sulla personalità dell'autore ed ovviamente la presunzione d'innocenza. E chi è il nemico? Sul punto, la Germania ha offerto modelli storici. "Chi è un ebreo, lo decido io" hanno detto Hitler ed i suoi vassalli.

Elementi di un diritto penale del nemico li abbiamo più o meno senza accorgercene già nel diritto in vigore. Chi, per citare ancora una volta *Jakobs* "non fornisce una sufficiente sicurezza di comportamento personale", è facilmente oggetto di sorveglianza da parte dei servizi segreti. E questi risultati poi attraverso la polizia si riservano nel procedimento penale. Si hanno tristi esperienze tedesche anche per quel che riguarda, l'unione dei servizi segreti e della polizia nell'"*Autorità per la sicurezza dello Stato*", la "*Staatssicherheitsbehörde*". La lotta al terrorismo favorisce questa tendenza a ridurre il muro fra servizi segreti e polizia.