

ANNO LXXIV - 2007

NUOVA SERIE A - N. 58,4
monotematico

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



TERRORISMO INTERNAZIONALE
E TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 4

I. I profili internazionali

GIOVANNI PALMIERI, *Principi e attività del Consiglio d'Europa nel contesto della lotta al terrorismo*, 241

KLAUS VOLK, *La normativa di contrasto al terrorismo in Germania*, 257

JOHN R. SPENCER, *La normativa di contrasto al terrorismo nel Regno Unito*, 267

ISABEL GONZÁLES, *La normativa di contrasto al terrorismo in Spagna*, 279

II. I profili interni. Aspetti di diritto penale sostanziale

GIOVANNI FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, 299

PIERGIORGIO MOROSINI, *Giudici e terrorismo*, 315

FRANCESCO VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, 329

STEFANO FIORE, *È uno sporco lavoro, ma qualcuno (il diritto penale?) deve farlo*, 349

GABRIELE MARRA, *Salus rei publicae, garanzie individuali e diritto penale antiterrorismo*, 357

ALESSANDRO BONDI, *Un pericoloso terrorista*, 385

III. I profili interni. Aspetti di diritto penale processuale

ANDREA ANTONIO DALIA, *Nuovi profili dell'identificazione personale*, 417

LEONARDO FILIPPI, *Una disciplina per i tabulati telefonici che attua il diritto alla prova: un modello anche per le intercettazioni?*, 437

GIACOMO NICOLUCCI, *Le nuove norme nell'identificazione personale*, 447

MICHELE PANZAVOLTA, *Accertamenti coattivi a tutela della libertà corporale nel processo penale*, 455

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: MARCO CANGIOTTI, CARLO FANTAPPIÈ, LANFRANCO FERRONI, GIUSEPPE GILIBERTI, PIERO GUALTIERI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, ALDO SANDULLI

Redazione: VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXIV - 2007

NUOVA SERIE A - N. 58,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

TERRORISMO INTERNAZIONALE
E
TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI

GIOVANNI PALMERI

*PRINCIPI E ATTIVITÀ DEL CONSIGLIO D'EUROPA
NEL CONTESTO DELLA LOTTA AL TERRORISMO*

Premesse

Dalla sua istituzione in poi, il Consiglio d'Europa riserva un ruolo di primaria importanza alla difesa e allo sviluppo della democrazia e dei diritti dell'uomo nel senso più ampio possibile del termine (libertà individuali, diritti economici e sociali, diritti delle minoranze, ecc.). I suoi organi sono chiamati a predisporre i mezzi tecnici appropriati per assicurare una adeguata protezione di tali diritti così come ad assicurare un vero e proprio sistema di vigilanza in questo ambito.

La lotta contro il terrorismo mette il Consiglio d'Europa di fronte a una delle sfide più difficili: fare in modo che l'aumento degli sforzi per combattere il fenomeno del terrorismo non precluda in nessun modo la difesa e la tutela dei diritti umani.

Da sempre, ma soprattutto dopo l'11 settembre, la posizione del Consiglio d'Europa è stata quella di una necessaria ricerca del giusto bilanciamento tra il valore della *Sicurezza* e quello delle *Libertà*. Il problema principale scaturisce proprio dalla tensione che esiste tra queste due nozioni. Il Consiglio si preoccupa di fornire soluzioni a questo problema.

Secondo il Consiglio d'Europa, che si esprime attraverso i suoi organi, lo scopo di realizzare una maggior sicurezza non deve venire soddisfatto attraverso lo svilimento e lo svuotamento dei valori fondamentali di democrazia, rispetto dei diritti umani e primato della legge. Al contrario, proprio per non assecondare lo scopo del terrorismo di provocare risposte violente e creare confusione tra chi vittima e chi terrorista, la convinzione è quella di poter essere in grado di combattere il terrorismo attraverso, appunto, gli strumenti propri della democrazia, una migliore protezione dei diritti umani e un attaccamento costante al principio di legalità.

Non proseguire in questa direzione significherebbe lasciare che la società venga stretta in una doppia morsa: la minaccia terroristica, da un lato, e le misure restrittive della libertà e dei diritti civili messe in atto dai Governi in nome del valore di sicurezza, dall'altro.

Subito dopo l'11 settembre, il Consiglio d'Europa e i suoi Stati membri, consapevoli che nessun governo è in grado, da solo, di vincere la lotta al terrorismo, si sono accordati su una triplice, forte risposta da dare a tali attacchi, basata su questi principi:

- l'assicurazione che ogni misura anti terroristica presa dagli Stati membri rispetti i valori di democrazia, i diritti umani e il principio di legalità;
- l'incremento della cooperazione legale contro il terrorismo al fine di colmare le eventuali lacune esistenti negli strumenti legali in vigore;
- l'investimento di risorse, da un lato nell'educazione, allo scopo di creare più coesione sociale, dall'altro nella promozione di un dialogo interculturale e inter-religioso.

Breve excursus storico circa le attività anti terroristiche in seno al consiglio

È a partire dagli anni settanta che il Consiglio affronta il problema della lotta al terrorismo, ma è chiaramente dopo il 2001 che ha concentrato maggiori sforzi e maggiori risorse in questa direzione.

In generale, in quanto organizzazione regionale, il Consiglio d'Europa si presenta come vero e proprio *forum* di discussione per l'esame, l'adozione di norme e lo scambio di buone pratiche allo scopo di aiutare gli Stati membri a migliorare la propria capacità di combattere il terrorismo.

Occorre ricordare che, ogni volta che il Consiglio d'Europa è intervenuto in questo ambito, lo ha sempre fatto mantenendo costanti tre punti di riferimento:

1. rafforzamento/consolidamento dell'azione *giuridica* contro il terrorismo
2. difesa dei *valori fondamentali*
- 3, azione contro le cause del terrorismo

La Convenzione europea per la repressione del terrorismo (Strasburgo, 27/01/1977) e il suo protocollo di emendamento (Strasburgo, 15/05/2003)

Nel '77 il Consiglio d'Europa ha prodotto il suo primo strumento specifico per far fronte al fenomeno terroristico che in quel periodo si

presentava attraverso diversi movimenti (ad es. Brigate Rosse in Italia, alla *Rote Arme Fraktion* in Germania, IRA nel Regno Unito, ecc).

La Convenzione mira essenzialmente a facilitare l'estradizione degli autori di atti di stampo terroristico e a tal fine predispone un vero e proprio elenco di infrazioni che le Parti si impegnano a NON considerare come reato politico o come illecito connesso a un reato politico o come un'infrazione ispirata da ragioni politiche.

– esempi di reati “depoliticizzati”

I crimini considerati “depoliticizzati” e che permettono, dunque, l'estradizione dei loro presunti autori sono elencati all'art. 1 della Convenzione:

atti illeciti compiuti contro la sicurezza dell'aviazione civile;

reato che comporta un rapimento o la cattura di un ostaggio o un sequestro arbitrario;

atto grave che comporta attentato grave alla vita o all'integrità fisica di persone che godono di protezione internazionale (inclusi gli agenti diplomatici);

reato che comporta il ricorso a bombe, granate, razzi, armi automatiche o plichi e pacchi contenenti esplosivi.

Allo stesso modo, l'art. 2 della Convenzione integra e specifica l'art. 1, stabilendo che uno Stato contraente può decidere di non considerare come reato politico qualsiasi atto grave che comporti un atto di violenza, diverso da quelli contemplati all'art. 1, contro la vita, l'integrità fisica o la libertà di una persona.

La Convenzione, tuttavia, prevede esplicitamente che nessuna delle sue disposizioni debba essere interpretata in modo da imporre un *obbligo di estradizione* quando la Parte abbia fondati motivi di ritenere che la richiesta di estradizione, per un reato di cui agli artt. 1 o 2, sia stata formulata allo scopo di processare o punire una persona a causa della sua razza, religione, nazionalità e credo politico.

– Le questioni principali ricavate dalla Convenzione: principio di assistenza reciproca e diritto di riserva

Il principio di assistenza reciproca (art. 8 Conv.) prevede che gli Stati contraenti si accordino per garantire il massimo grado di mutua assistenza in materia penale circa le procedure connesse alle infrazioni citate agli artt. 1 e 2 della Convenzione.

Il diritto di riserva espresso all'art. 13 della Convenzione prevede che ogni Stato può, al momento della ratifica, dichiarare che si riserva il diritto di *rifiutare* l'estradizione in relazione a *qualsiasi infrazione elencata all'art. 1* quando esso la consideri come una infrazione politica o connessa a un reato politico o ispirata da ragioni politiche. Unica condizione al diritto di riserva: che lo Stato, nel valutare la natura del reato, si impegni a tenere in debito conto ogni suo aspetto di particolare gravità, come ad esempio, il fatto che esso ha costituito un pericolo per la vita, l'integrità o la libertà delle persone; o, ancora, che si è ricorso a mezzi crudeli per perpetrare il reato.

– Il protocollo di emendamento

Quando il Gruppo multidisciplinare sull'azione internazionale contro il terrorismo (GMT) del Consiglio d'Europa ha cominciato a studiare la possibilità di rinnovare/migliorare la Convenzione del 1977, si è accordato su un certo numero di principi che avrebbero dovuto orientarlo nel percorso di redazione del nuovo protocollo in materia di lotta al terrorismo. In particolare viene espressa la necessità di realismo e pragmaticità, di evitare di affrontare i temi sui quali, senza dubbio, sarebbe impossibile ottenere un consenso diffuso tra gli Stati contraenti, di evidenziare il ruolo specifico del Consiglio d'Europa nella lotta al terrorismo e preservare il senso organico della Convenzione laddove preposta a facilitare l'estradizione dei presunti terroristi attraverso la "depoliticizzazione" dei reati terroristici. In effetti, contrariamente ad altre convenzioni di lotta al terrorismo, la Convenzione del 1977 non obbliga le parti a criminalizzare le infrazioni che essa stessa elenca bensì precisa che *nessuna* delle infrazioni in questione potrà mai essere considerata come reato politico. Per questo motivo il GMT è giunto alla conclusione che da un lato fosse arrivato il momento di apportare dei cambiamenti alla Convenzione al fine di migliorarne l'efficacia, ma che dall'altro non si sarebbe dovuto stravolgerne la natura.

In quest'ottica il GMT ha portato a termine un progetto di protocollo in cui le novità più importanti sono:

- la lista di reati mai considerabili come politici viene notevolmente estesa al fine di comprendere tutte le infrazioni descritte ed elencate in altre convenzioni e protocolli in tema di lotta al terrorismo;
- le procedure di emendamento vengono semplificate con lo scopo di

permettere, in futuro, la possibilità di aggiungere facilmente alla lista nuove infrazioni.

- si introduce la possibilità di rifiutare l'estradizione verso paesi in cui le persone rischiano la pena di morte o la tortura: la clausola tradizionale di non-discriminazione (corollario necessario della depoliticizzazione) viene estesa al fine di integrarvi una clausola autorizzante il rifiuto di estradare una persona verso un paese in cui rischia di essere condannato alla pena di morte, di essere sottoposto a tortura, ecc.
- un'importante riduzione delle possibilità di rifiutare l'estradizione invocando il diritto di opporre riserve alla Convenzione: come facilmente immaginabile il regime delle riserve ha rappresentato una delle questioni più controverse da risolvere. Ricordando che la Convenzione autorizza uno Stato a sottrarsi all'obbligo di non considerare le infrazioni elencate all'art. 1 come delle infrazioni politiche ai fini dell'estradizione, il GMT sulla questione è giunto a una soluzione intermedia;
- ogni volta che una Parte rifiuta l'estradizione sulla base di una riserva è tenuta a sottomettere la questione alle autorità nazionali competenti ed informare il Consiglio d'Europa circa lo stato della procedura.
- La parte a cui viene rifiutata la domanda di estradizione ha la possibilità di ottenere una dichiarazione del Comitato dei Ministri sulla legittimità del rifiuto.

Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo del 16 maggio 2005, raccomandazioni e Convenzioni ad essa collegate

Rappresentano l'ultimo e recentissimo sforzo di elaborazione di nuovi strumenti a disposizione degli Stati membri. Da una parte due nuove Convenzioni entrambe aperte alla ratifica durante il Vertice dei Capi di stato e di governo che si è tenuto a Varsavia il 16 maggio 2006: quella sulla prevenzione del terrorismo e quella sul riciclaggio di denaro, il depistaggio e il finanziamento del terrorismo. Dall'altra tre Raccomandazioni del Comitato dei Ministri riguardanti rispettivamente: le tecniche speciali di inchiesta, la protezione dei testimoni e dei collaboratori di giustizia, e i documenti di identità e di viaggio nel contesto della lotta al terrorismo.

Denominatore comune di questi nuovi strumenti è la *prevenzione*,

nel senso più ampio possibile del termine, dei reati terroristici. In particolare:

- Lo scopo della nuova Convenzione sulla prevenzione del terrorismo

La Convenzione si propone principalmente di rimediare ad alcune lacune, esistenti nel campo del diritto internazionale e dell'azione contro il terrorismo, e individuate dal CODEXTER (Comitato di esperti di terrorismo che nel 2003 ha sostituito il GMT). Ad esempio:

- completare e, se del caso, modificare gli accordi sull'estradizione e sulla cooperazione giuridica in questo campo in vigore tra le Parti.
- Prevedere mezzi supplementari come la trasmissione spontanea di informazioni
- Avviare un procedimento giudiziario quando l'estradizione venga rifiutata

Allo stesso modo e sempre perseguendo il fine della prevenzione, la Convenzione si propone di qualificare come infrazioni penali certi atti che possano indurre a commettere reati terroristici, in particolare

- la provocazione pubblica a commettere atti di tipo terroristico (art. 5 Conv.)
- reclutamento (art. 6) e addestramento di terroristi (art. 7)
- si aggiungono, all'art. 9, alcune disposizioni sulle "infrazioni accessorie" che prevedono di erigere a reato penale la complicità in vista della perpetrazione delle tre infrazioni sopra menzionate.

La novità di queste nuove disposizioni risiede nel fatto che esse si qualificano come reati terroristici anche se, nella pratica, nessun atto terroristico viene messo in opera.

È importante sottolineare che la Convenzione prevede nel preambolo, ma anche in altre disposizioni specifiche, la assoluta imprescindibilità dal rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cfr. ad es. art. 21 co. 1, 2 e 3). Tale aspetto è essenziale e non per forza evidente: alcune questioni trattate nella Convenzione si collocano proprio sul confine, non sempre ben definito, tra l'esercizio legittimo di alcune libertà (come quella di espressione, associazione e religione) e un comportamento criminale.

- La Convenzione relativa al riciclaggio di denaro, il depistato e il finanziamento del terrorismo in linea con le tre Raccomandazioni del Comitato dei Ministri relative alle tecniche di inchiesta protezione dei testimoni e ai documenti di identità e di viaggio nel contesto della lotta al terrorismo.

Nel contesto della prevenzione degli atti terroristici, privare i gruppi terroristici e gli altri gruppi criminali dei loro fondi e delle risorse risulta una questione di primaria importanza. La rapidità di accesso alle informazioni relative ai finanziamenti e ai beni posseduti dalle organizzazioni terroristiche, infatti, risulta essenziale per il successo delle misure preventive. Rimuovere o almeno rendere più difficile l'accesso alle risorse economiche, infatti, permette di diminuire le possibilità di organizzare qualsiasi tipo di attività terroristica.

La Convenzione, poi, stabilisce formalmente che il finanziamento del terrorismo non può in nessun caso costituire un reato di tipo politico o fiscale che giustificerebbe un rifiuto alla cooperazione tra gli Stati contraenti. Infine, le Parti stesse possono prevedere la convocazione di una "Conferenza delle Parti" con lo scopo di assicurare un'adeguata applicazione della Convenzione.

Per quanto riguarda le Raccomandazioni collegate che il Comitato dei Ministri rivolge agli Stati membri:

- a) Rac. (2005)7 relativa ai documenti di identità e di viaggio nel contesto della lotta al terrorismo: incoraggia gli Stati membri a cooperare di più e in modo più efficace sulle questioni legate ai documenti di identità mettendo, ad esempio, i documenti di identità o di viaggio che sono stati persi o rubati a disposizione sia degli Stati membri che dell'Interpol e Europol. Inoltre gli Stati membri sono invitati a adottare e sviluppare dei sistemi di aggiornamento delle rispettive anagrafi per meglio coordinare le ricerche e lo scambio di notizie sulla nazionalità, stato civile, residenza, cambiamento di nome ecc. dei propri cittadini.
- b) La rac. sulle tecniche speciali di inchiesta invita gli Stati membri ad utilizzare il più possibile gli accordi internazionali esistenti in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia e, ove opportuno, a elaborare accordi supplementari. Gli Stati sono inoltre incoraggiati a prendere le misure adeguate al fine di promuovere la fiducia reciproca tra le autorità competenti.
- c) La Rac. sulla protezione dei testimoni e dei collaboratori di giusti-

zia comprende un capitolo riservato al miglioramento della cooperazione internazionale in questa materia. Tale capitolo fissa alcuni obiettivi specifici come quello, ad esempio, di fornire reciproca assistenza durante il trasferimento all'estero di testimoni e di assicurare loro una adeguata protezione nel quadro della cooperazione con i tribunali penali internazionali.

– Breve bilancio e analisi delle Priorità attuali.

È facile intuire come in ogni suo intervento il Consiglio d'Europa si sia trovato di fronte a difficili negoziazioni in cui interessi e conflitti diversi dovevano convergere in una posizione comune e in grado di trattare in maniera organica un argomento tanto delicato quanto controverso. Le difficoltà incontrate hanno riguardato non solo lo sforzo di trovare un compromesso tra tutti gli interessi rappresentati dai diversi Stati e la tutela dei diritti umani e fondamentali della persona, ma anche la necessità di affrontare un problema, quale è oggi il terrorismo, per natura e forma molto complicato da definire in termini esaurienti.

• IL PROBLEMA POLITICO DI GIUNGERE A UNA DEFINIZIONE CONDIVISA ED ESAURIENTE DI TERRORISMO

Poche altre parole hanno sofferto di una tanto forte indeterminazione, soggettività e disaccordo politico.

Il significato linguistico letterale di terrorismo è istantaneamente evocativo e molto carico emotivamente. Rinvia immediatamente ad una sensazione di minaccia e quindi di paura estrema. Il significato letterale, poi, non risulta particolarmente d'aiuto quando si voglia definire in termini legali il terrorismo: molte altre forme di violenza, infatti, dalla lotta armata alla guerra possono causare terrore. Il significato, quindi, ingannevolmente semplice e letterale di terrorismo è ricoperto da secoli di connotazioni politiche che possono risultare legate alla condotta di alcuni Stati così come anche totalmente svincolate del tutto da questa.

È stato spesso notato come il termine in questione sia ideologicamente e politicamente carico e come implichi, di norma, un giudizio di valore. Sarebbe sviante asserire pragmaticamente che il terrorismo sia un fenomeno riconoscibile senza difficoltà o intuitivamente dichia-

rare che tutto ciò che di primo acchito si manifesti e colpisca come terrorismo sia effettivamente nella forma e nella sostanza terrorismo.

Una definizione giuridica coerente e completa aiuterebbe a limitare il cattivo utilizzo unilaterale del termine da parte dei Governi nazionali contro i loro oppositori politici così come gli abusi in nome della lotta al terrorismo che minacciano gravemente la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

È interessante notare come nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non si ritrovi una definizione di terrorismo. La Corte ha sempre preferito adottare un approccio caso per caso, invece l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa si è espressa in materia. Essa considera come atto terroristico "qualsiasi delitto commesso da:

- individui o gruppi che ricorrono alla violenza o che minacciano di far violenza contro
- un paese, le sue istituzioni, la sua popolazione in generale o persone fisiche i quali, motivati da aspirazioni
- separatiste, da concezioni ideologiche estremiste o da fanatismo, ovvero spinti da moventi irrazionali o soggettivi, mirano a sottomettere
- i poteri pubblici, certi individui o gruppi della società, o più in generale l'opinione pubblica a un clima di terrore" (Racc. n° 1426 del 1999).

Il Comitato dei ministri, tuttavia, non ha mai recepito in nessuna risoluzione la definizione data dall'Assemblea: persiste quindi una mancanza in seno al Consiglio d'Europa per quanto riguarda una risposta al problema definitorio del termine terrorismo.

Forse ancora più complesso è il tentativo di trovare un accordo sulle *eccezioni* a qualsiasi definizione di terrorismo. Ad esempio: non esiste una posizione comune a livello internazionale circa il problema se la definizione di terrorismo debba o meno coprire anche i movimenti di liberazione nazionale o di autodeterminazione. In generale si può affermare che quanto più ampia è la definizione di terrorismo, tanto più esteso è il raggio di eccezioni disponibile.

Il termine terrorismo, dunque, attualmente manca di precisione, oggettività e certezza cioè proprio delle qualità richieste dal discorso-giuridico: la legge, infatti, per prevenire ogni sorta di pregiudizio nei

confronti di un accusato, ha il compito di evitare termini emotivi, ambigui e soggettivi incompatibili, tra l'altro, con principi giuridici fondamentali quali, ad esempio, quelli di non retroattività e certezza della pena.

- LINEE GUIDA DEL COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA SUI DIRITTI UMANI E LA LOTTA AL TERRORISMO ADOTTATE L' 11 LUGLIO 2002

– Scopi delle linee-guida e fondamenti giuridici

In seguito agli attacchi terroristici dell'11 settembre la priorità del Consiglio d'Europa è stata quella, appunto, di ribadire che, se la condanna e la lotta al terrorismo è diventata prioritaria nelle scelte di politica interna e estera dei Governi, allo stesso modo rimane fondamentale il rispetto da parte di questi dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il rispetto di tali diritti non deve rappresentare un ostacolo alla lotta efficace contro il terrorismo, al contrario, deve guidarne la risposta proprio per evitare una reazione che utilizzi lo stesso linguaggio del terrorismo minando le fondamenta stesse della nostra società.

Per questo motivo il Comitato dei Ministri ha deciso di adottare le linee-guida sui diritti dell'uomo e la lotta al terrorismo con lo scopo proprio di conciliare la difesa della società con la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. Le linee-guida, quindi, si concentrano essenzialmente sui *limiti* che gli Stati non dovrebbero in alcun modo superare nella loro legittima lotta al terrorismo.

Le *fonti principali* che hanno guidato la formulazione delle linee-guida sono la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

– principi fondamentali affermati nelle linee guida e necessario rinvio alle sentenze della Corte.

- L'art. 4 e il divieto assoluto della tortura

Nei confronti di una persona sospettata o già condannata, il ricorso alla tortura o a pene e trattamenti inumani o degradanti è *proibito in termini assoluti e in ogni circostanza*: arresto (cfr. art. 7), interrogatorio, detenzione (cfr. art. 11). La Corte in più occasioni ha consacrato l'art. 3 della Convenzione a valore fondamentale delle società de-

mocratiche. L'assolutezza e la non derogabilità di tale principio viene ripresa anche all'art. 15 co. 2 delle linee guida ove si legge il divieto della tortura non contempla alcuna deroga perfino nel caso di un "pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione". La giurisprudenza della Corte, infatti, mette in evidenza come la natura del crimine non sia determinante e che il divieto di tortura e di trattamenti inumani sia assoluto "qualunque siano gli atti commessi dall'accusato".

- principio di legalità delle norme anti-terroristiche

Le linee guida (art. 3 co. 1 e 2) specificano che qualsiasi norma adottata dagli Stati nella lotta al terrorismo deve avere una base giuridica e quando una norma limita i diritti umani è necessario che essa sia il più possibile definita, precisa e soprattutto proporzionata alle finalità perseguite.

In particolare, in riferimento alle norme d'ingerenza nella vita privata (art. 6 co. 1), la Corte ha affermato che la lotta al terrorismo consente l'uso di metodi speciali che consentano poteri di controllo segreto, ma allo stesso tempo ribadisce che "ogni grave attentato al rispetto della vita privata deve basarsi su una legge particolarmente chiara e precisa".

- procedure giudiziarie: il diritto a un equo processo

Il diritto a un equo processo è riconosciuto dall'art. 6 della Convenzione e recepito nelle linee guida all'art. 9. La giurisprudenza della Corte non interpreta l'art. 6 come un divieto alla costituzione di tribunali speciali destinati a giudicare gli atti terroristici, bensì come un obbligo a che tali tribunali rispettino i criteri di imparzialità e indipendenza. La Corte, infatti, non ha come compito quello di esaminare in astratto l'opportunità di costituire tali tribunali, ma di "valutare se il funzionamento di uno di essi ha arrecato danno al diritto dell'accusato ad un equo processo".

- pene comminate

L'art. 10 co. 1 delle linee guida sancisce il principio (già espresso dall'art. 7 Convenzione) della legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e quello che impone di non applicare la legge penale in maniera estensiva, per esempio in base all'analogia. La legge deve, quindi, poter definire chiaramente i reati e le sanzioni

atte a reprimerli. Al comma due, poi, si afferma l'assoluto divieto di una pronuncia di condanna a morte e, nell'eventualità di una simile pronuncia, "tale pena non potrà essere applicata".

- possibili deroghe

Le linee direttrici prevedono all'art. 15 un generale diritto di deroga provvisoria nei confronti di alcuni obblighi che scaturiscono dalle norme internazionali di difesa dei diritti umani, specificando che "nella stretta misura in cui la situazione lo esige" lo Stato può determinare alcune norme deroganti agli obblighi stabiliti dalla Convenzione. La Corte riconosce ai singoli Stati, in questo ambito, un ampio potere discrezionale, affermando che essa "non può sostituire la sua opinione a quella del Governo", ma il suo ruolo risiede piuttosto nel "verificare le *condizioni* perché si possa esercitare il diritto eccezionale di deroga". Quindi se da un lato compete allo Stato contraente determinare se la vita della sua popolazione è minacciata da un "pericolo pubblico", dall'altro è la Corte che ha competenza di decidere se le decisioni dello Stato sono andate oltre la "stretta misura delle esigenze che la crisi presenta"

Rimangono sempre e in ogni modo inderogabili gli artt. 2, 3 e 4 della Convenzione che sanciscono il divieto assoluto della tortura e dei trattamenti degradanti della persona umana, così come il divieto di asservimento

– LINEE GUIDA SULLA PROTEZIONE DELLE VITTIME DI ATTI TERRORISTICI ADOTTATE DAL COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA IL 2 MARZO 2005

- scopi e risorse giuridiche

Molto di recente il Consiglio d'Europa ha deciso di tradurre in modo organico alcuni principi già espressi in diverse prese di posizione precedenti a livello europeo e di dotarsi di alcuni mezzi specifici per raggiungere lo scopo di una migliore protezione e assistenza delle vittime di atti terroristici.

In particolare la Raccomandazione 1426 (1999) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa chiedeva al Comitato dei Ministri "di incorporare il principio di una migliore protezione delle vittime del terrorismo" ai progetti sia nazionali che internazionali in materia di terrorismo. Più di recente, nel 2004, l'Assemblea ha invitato il Co-

mitato a adottare vere e proprie linee-guida in materia di diritti delle vittime e dei corrispondenti obblighi per gli Stati membri “di fornire tutto l'aiuto possibile e di creare un forum di scambio delle buone pratiche tra gli Stati stessi”.

Bisogna sottolineare, però, che anche in questo caso si ripresenta il problema di tipo definitorio: ancora una volta né la Convenzione dei diritti dell'uomo né la giurisprudenza della Corte forniscono indicazioni precise circa la definizione esatta del termine “vittima”. Si può allora rinviare all'art. 1 della decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea del marzo 2001 relativa allo statuto delle vittime nel quadro delle procedure penali che definisce una vittima come: “la persona fisica che ha subito un pregiudizio, una lesione alla sua integrità fisica o mentale, una sofferenza morale o una perdita materiale, direttamente causata da atti o omissioni che infrangono la legislazione penale di uno Stato membro”.

D'altra parte, la Corte riconosce che, in certe specifiche circostanze, anche la famiglia di una vittima può venire considerata essa stessa una vittima. È il caso, ad esempio, dei famigliari di una vittima deceduta: essi hanno il diritto di essere associati all'inchiesta aperta in seguito a un atto terroristico “nella misura necessaria alla tutela dei loro *interessi legittimi*”.

- principi, strumenti e metodi di assistenza che gli Stati dovrebbero mettere a disposizione delle vittime del terrorismo
- diritto all'assistenza d'urgenza

All'art. 2 delle linee-guida viene affermato il dovere a carico degli Stati di assicurare una assistenza d'urgenza appropriata e gratuita non solo medica ma anche psicologica, sociale, materiale e, se richiesta, spirituale.

Anche se il testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non menziona esplicitamente il diritto alla salute o all'assistenza medica, la Corte ha chiaramente indicato che, in certi casi, potrebbe verificarsi un dovere a carico dello Stato di fornire assistenza medica; se questo non agisse in modo appropriato, potrebbe incorrere nella violazione dell'art. 2 della Convenzione (diritto alla vita) o dell'art. 3 (divieto di tortura). La Corte sottolinea inoltre che una violazione dell'art. 3 della Convenzione si potrebbe verificare (sempre in determina-

ti casi specifici) anche quando “l’ammontare delle pensioni o di altri benefici sociali risultino totalmente insufficienti”.

Sempre nel contesto del diritto di assistenza, l’art. 11 delle linee guida è dedicato a incoraggiare gli Stati a investire nella formazione specifica di personale incaricato all’assistenza delle vittime del terrorismo. È ritenuto importante (art. 11) che anche il personale di polizia, di giustizia, medico e in generale dei servizi sociali riceva una formazione che sensibilizzi gli operatori nei confronti dei bisogni specifici delle vittime.

- diritto di accesso effettivo alla giustizia

Il diritto d’accesso ai tribunali competenti in vista di fare valere i propri diritti è un principio molto importante per uno stato democratico. L’apparato giudiziario e amministrativo in generale deve essere in grado di mettere le vittime del terrorismo in posizione di accesso effettivo alla giustizia (art. 5) e questo implica diversi obblighi a carico dello Stato come ad esempio:

- informare le vittime delle possibilità reali di ricorso offerte dal sistema, dei termini per le diverse procedure e dello stato d’avanzamento delle loro cause;
- permettere che le preoccupazioni delle vittime siano presentate e esaminate nel corso delle fasi appropriate del processo;
- se necessario fornire un’assistenza giudiziaria durante tutto il procedimento giudiziario.
- diritto a un giusto indennizzo

L’art. 7 delle linee-guida predispone il principio che permetterebbe alle vittime di ricevere un giusto indennizzo a fronte del danno sofferto.

Nel caso in cui la confisca dei beni appartenenti agli autori, organizzatori o mandatarî dell’atto terroristico non fosse sufficiente ad assicurare la riparazione del danno, lo Stato stesso deve contribuire al risarcimento.

Ma l’art. 7 non si limita ad affermare l’esistenza del diritto al risarcimento del danno; il comma 2 specifica anche i requisiti del risarcimento:

- deve essere facilmente accessibile alle vittime indipendentemente dalla loro nazionalità;

- deve essere giusto e appropriato;
- la procedura per ottenerlo deve essere semplice e si deve svolgere in un periodo di tempo ragionevole;
- protezione della dignità delle vittime.

Soprattutto durante le attività di inchiesta, la vittima di un atto terroristico può trovarsi esposta al rischio di subire un ulteriore trauma: il mancato rispetto del diritto alla propria vita privata e familiare. In questo contesto il rischio di una mancata protezione a cui sono sottoposte le vittime aumenta se lo Stato non si preoccupa di incoraggiare i media all'autoregolazione.

Protezione della dignità della vittima significa poi garantirne la sicurezza e la protezione prendendo, secondo le necessità del caso, tutte le misure per proteggere la loro identità.

- diritto di informazione

Lo Stato è obbligato a fornire, attraverso modalità appropriate, tutte le informazioni relative all'atto di terrorismo che le vittime hanno sofferto, salvo che siano esse stesse a indicare chiaramente che non lo desiderano.

La Corte, trattando un caso di scomparsa, ha riconosciuto che i famigliari della vittima "possono subire un trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, se le autorità dello Stato mantengono il silenzio" sulla questione "malgrado i tentativi da parte dei famigliari di ricevere informazioni".

• CONCLUSIONI

La presa di coscienza che la lotta al terrorismo comprende moltissime problematiche per cui un intervento operativo e coerente risulta uno scopo ambizioso, non ha impedito al Consiglio d'Europa di adottare delle misure efficaci. Malgrado il fatto che gli strumenti del Consiglio siano quelli classici del diritto internazionale e delle Organizzazioni internazionali (e cioè *soft law* e proposta di Convenzioni che necessitano per entrare in vigore di essere ratificate dagli Stati) occorre riconoscere l'importanza delle sua attività quanto a promozione e controllo del rispetto dei diritti umani nel quadro della lotta al terrorismo. Dirigere l'attenzione e gli sforzi degli Stati membri, nella direzione dell'impegno nella *prevenzione* e del rispetto dei valori sui quali si

fonda una democrazia sana rappresenta per il Consiglio un tributo di coerenza ai suoi valori statutari.

Perseguendo l'obiettivo della sconfitta del terrorismo, è essenziale che gli Stati aderiscano rigorosamente ai propri impegni e obblighi internazionali per sostenere i diritti umani e le libertà fondamentali. Riconoscendo il fatto che la minaccia del terrorismo possa richiedere misure specifiche, il Consiglio d'Europa chiede ai governi membri (e non) di astenersi da reazioni eccessive che potrebbero violare le libertà fondamentali. Tali provvedimenti potrebbero colpire in modo particolare la presunzione di innocenza, il diritto a un giusto processo, il divieto di torture, il diritto alla *privacy*, la libertà di espressione e il diritto di chiedere asilo. Il rischio che si corre è quello di colpire determinati gruppi etnici o religiosi e di provocare l'aumento di discriminazione e razzismo, che andrebbe in definitiva a favore di quel terrorismo che si vuole sconfiggere.

Considerata l'importanza fondamentale dei diritti umani e delle libertà fondamentali in una società democratica, il Consiglio d'Europa esorta gli Stati ad assicurare che le misure restrittive dei diritti umani adottate come risposta al terrorismo garantiscano un giusto equilibrio tra la legittimità della sicurezza nazionale e le libertà fondamentali nel rispetto degli obblighi del diritto internazionale. In altri termini, le democrazie europee possono e debbono essere abbastanza adulte da combattere il terrorismo rimanendo fedeli a se stesse, ai propri valori costituzionali e agli impegni assunti nell'ambito internazionale.

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 Rechtssprichwörter*, 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, 1ª 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 fondamentalmente 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, 2ª 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'"*Autorität per la sicurezza dello Stato*", la "*Staatssicherheitsbehörde*". La lotta al terrorismo favorisce questa tendenza a ridurre il muro fra servizi segreti e polizia.

JOHN R. SPENCER

LA NORMATIVA DI CONTRASTO AL TERRORISMO
NEL REGNO UNITO

1. Il background storico: da *Guy Fawkes* al *The Troubles*

Le origini del fenomeno del terrorismo, nel Regno Unito, risalgono ad alcuni secoli addietro.

Tutto ha avuto inizio nel 1605 con l'attentato – fallito – ad opera di Guy Fawkes, cattolico dissidente della Corona, il quale, con trenta-sei barili di polvere da sparo, tentò di far esplodere il Parlamento e la Corona.

Ogni anno, il cinque novembre, in Inghilterra si celebra questa ricorrenza, in memoria dell'accaduto. L'attentato fu sventato e Guy Fawkes, sotto tortura, rivelò i nomi degli altri cospiratori. Furono tutti condannati a una morte particolarmente atroce, riservata all'epoca ai traditori del Regno.

La storia moderna del terrorismo ha avuto inizio, invece, con la questione dell'Irlanda del Nord, definita "*The Troubles*".

Dopo la guerra d'indipendenza, l'isola fu divisa in due, e il Nord, in maggioranza di fede protestante, rimase parte del Regno Unito. Questa soluzione non venne accolta con favore dalla minoranza cattolica, che si organizzò in un'associazione terroristica – l'I.R.A. (*Irish Republican Army*) – che, a partire dagli anni Settanta, dava inizio a una brutale e sanguinosa campagna intimidatoria.

Sul piano legislativo, vennero adottate immediatamente delle misure d'urgenza, alcune delle quali giustificate, altre invece ai limiti della legalità¹.

In particolare, furono create nuove fattispecie penali, quali il reato di appartenenza all'I.R.A. e quello di omessa denuncia degli attivisti. Vennero, poi, previste alcune eccezioni alle vigenti regole procedurali: in tema di custodia cautelare in carcere di un presunto terrorista, fu

¹ Originariamente, la maggior parte delle previsioni legislative in materia di terrorismo vennero raggruppate in due principali leggi di rango ordinario: il *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Acts 1974-1989* e il *Northern Ireland (Emergency Provisions) Acts 1973-1988*.

esteso il limite di durata massima da quattro a sette giorni e non fu ritenuto più necessario il mandato del giudice, potendo autorizzare detto procedimento anche il Ministro degli Interni (*Home Secretary*).

Un'ulteriore deroga fu introdotta in materia di prove: per dimostrare l'appartenenza all' I.R.A non era più richiesta la prova piena, essendo sufficiente un'inferiore capacità dimostrativa, come la semplice opinione di un'appartenente alle forze dell'ordine, confermata da quella di un suo collega².

A far da corollario a dette norme, vennero poi introdotte restrizioni, alquanto discutibili, di natura amministrativa, che potevano cioè essere disposte direttamente dal governo, senza un preventivo provvedimento giurisdizionale: si tratta del c.d. *internment*, una detenzione a tempo illimitato in vigore solo nell' Irlanda del Nord, e dei c.d. *exclusion orders*, che disponevano limitazioni alla libertà di movimento e in forza dei quali era fatto divieto alle persone residenti nell'Irlanda del Nord di varcare il confine inglese, e viceversa.

Parallelamente a questo clima legislativo, si svilupparono delle pratiche in uso tra le forze dell'ordine, quali – ad esempio – la “*in depth interrogation*”, che consisteva nell'utilizzo di metodi particolarmente “persuasivi” al fine di estorcere informazioni, come la privazione del sonno e del cibo, l'uso di cappucci sulla testa durante l'interrogatorio, metodi questi adottati ancora oggi nel carcere di Guantanamo.

Quando questi metodi di persuasione vennero alla luce sorse un vero e proprio scandalo nel Paese, i cui effetti condussero ad un loro abbandono e, proprio in riferimento ad essi il Regno Unito, nel 1978, veniva condannato dalla Corte di Strasburgo per violazione dell'articolo 3 della CEDU³, per adozione di “trattamenti disumani e degradanti”.

² Il riferimento è alla *section 2* del *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998*, emanata in seguito all'attentato di Omagh nel 1998 (Nord Irlanda). Tale norma venne abrogata nel 2000, quando fu consolidata la legislazione sul terrorismo.

³ *Irlanda v. Regno Unito*, 2 EHRR 25.

2. *Un nuovo inizio: la pace nel Nord Irlanda e le riforme in senso liberale*

In seguito alle elezioni del 1997 saliva al governo il partito socialista di Tony Blair (o “socialista” almeno in teoria!).

All'interno del partito era dominante una tendenza liberale, manifestata soprattutto dalla persona di Lord Derry Irvine, che poi diventerà *Lord Chancellor*, una figura equivalente al Ministro della giustizia italiano.

Sull'onda di questa tendenza liberale, nel 1998, il nuovo Governo intraprese una serie di iniziative molto importanti, tra le quali, l'emanazione dello *Human Rights Act 1998*⁴, con cui veniva incorporata la CEDU nel diritto interno inglese.

Il passo successivo fu quello di intervenire sulle disposizioni in materia di terrorismo, anche in considerazione del fatto che la questione dell'Irlanda del Nord versava, in quegli anni, in una situazione relativamente tranquilla.

L'intento riformatore fu incentivato da un *report* sulla legislazione del terrorismo, commissionato dal governo precedente a Lord Loyd, un giudice molto rispettato: nella sua relazione, Lord Loyd consigliava la revisione di questa normativa in una direzione meno autoritaria⁵.

Nel 2000, il governo emanava il *Terrorism Act*⁶, con cui venivano accolte le principali raccomandazioni contenute nel rapporto: in particolare, vennero aboliti gli *exclusion orders* e l'*internment* (la detenzione su semplice mandato del ministro, non più in uso, ormai, dal 1974), rimanendo, invece, in vigore la norma relativa alla durata massima di sette giorni per la detenzione preventiva.

3. *Un nuovo Ministro e una nuova politica criminale: la reazione autoritaria*

Purtroppo questa fase liberale non durò a lungo. Infatti, un anno dopo, nel 2001, veniva nominato Ministro degli Interni, Mr. David Blunkett, soggetto dalla personalità molto controversa: come uomo è la dimostrazione di come si possa raggiungere qualsiasi obiettivo con

⁴ 1998 c.42.

⁵ Cfr. *Inquiry into legislation against terrorism*, October 1996, Cm 3420 (1996).

⁶ 2000 c. 11.

la volontà e il sacrificio, essendo riuscito a raggiungere la sua posizione nonostante fosse cieco e figlio di un povero operaio; diversamente, come ministro, la sua immagine pubblica è quella di un soggetto autoritario e demagogico.

Mr. Blunkett era solito rilasciare dichiarazioni in cui parlava con disprezzo dei diritti umani, utilizzando l'espressione "*airy-fairy human rights*" e degradando anche uno dei principi cardine del sistema democratico inglese, quello cioè del controllo giudiziale sulla legalità degli atti del governo, principio da lui definito "antidemocratico"⁷.

Con queste premesse, è facile immaginare come per i giudici stava cominciando un periodo molto duro.

In Inghilterra il rapporto tra politica e potere giudiziario è sempre stato di rispetto reciproco, per cui nessun giudice si è mai permesso di criticare pubblicamente una personalità politica, e viceversa. Il Ministro degli Interni David Blunkett, al contrario, ha più volte assunto atteggiamenti contrastanti con questa tradizione, criticando pubblicamente non solo le decisioni dei giudici, ma i giudici stessi come uomini. In una delle sue tante dichiarazioni ha definito il *Lord Chief Justice* come "*a confused and muddled codger*", come cioè "un vecchio scorbutico rimbambito".

La stampa patriottica e nazionalista lo apprezzava molto per le sue critiche ad una magistratura considerata "lassista e antidemocratica" e, per tale atteggiamento, è stato definito "l'uomo dal pugno duro contro l'immigrazione e la criminalità".

La politica persecutoria attuata dal Ministro degli Interni, unitamente all'evento sconvolgente degli attacchi dell'11 settembre, generarono una reazione del governo inglese, nella legislazione sul terrorismo, tutt'altro che liberale: l'indomani degli attacchi terroristici veniva emanato l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*⁸.

Le misure più criticate di questa nuova legge sono state essenzialmente quelle riguardanti gli stranieri: in virtù di detta normativa, il

⁷ Mr. Blunkett era un uomo grossolano e superficiale: particolarmente noti sono i suoi commenti sul suicidio, avvenuto in carcere, di un famoso pluri-omicida, Harold Shipman: "*Quando ho appreso la notizia erano le undici della mattina – e mi sono chiesto se fosse troppo presto per stappare una bottiglia di vino!*". Il *The Times*, 17 January 2004, p. 2, citava le sue parole: "*You wake up and you receive a phone call telling you that Shipman has topped himself. And you think, is it too early to open a bottle? Then you discover that everybody's... upset that he's done it*".

⁸ 2001 c. 24.

Ministro degli Interni poteva, infatti, disporre il rimpatrio di uno straniero sulla base di un semplice atto in cui si fosse dichiarato che la persona in questione rappresentava un pericolo per la sicurezza del Regno Unito, in quanto sospettato di appartenere a cellule terroristiche. Nell'ipotesi in cui nel paese d'origine si praticasse la tortura o, addirittura, ci fosse il rischio che venisse ucciso, allora lo straniero poteva essere trattenuto in carcere per un tempo illimitato, sempre su semplice mandato del Ministro degli Interni.

L'emanazione di tale atto legislativo, obbligò il governo a derogare l'articolo 5 della CEDU, sul presupposto dell'esistenza di una "emergenza nazionale".

4. La reazione delle corti: la condanna della *House of Lords* alla "administrative detention" come contraria alla CEDU

Una delle prime applicazioni delle nuove norme del 2001, in materia di terrorismo, indusse a porre in discussione la legittimità delle disposizioni in tema di custodia cautelare illimitata.

Un gruppo di nove indagati, detenuti in virtù di dette norme, sollevò la questione di fronte alla *House of Lords* che, a sezioni unite, giungeva ad una decisione molto importante, con una maggioranza di otto contro uno⁹.

La decisione del governo di derogare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo venne annullata, per mancanza del presupposto di una "emergenza nazionale" tanto grave da giustificare una misura del genere.

Le Sezioni unite dichiararono, inoltre, l'incompatibilità dell'articolo 23 di tale legge con la CEDU, per violazione del divieto di discriminazione: non si comprendeva, infatti, perché la detenzione amministrativa dovesse essere applicata ai soli stranieri e non anche ai presunti terroristi cittadini britannici. Questa contraddizione apparirà, in seguito, tanto più evidente alla luce degli attentati compiuti a Londra, perché coloro che hanno fatto esplodere le bombe erano, appunto, cittadini britannici.

In merito, Lord Hoffman, uno dei giudici che componeva la corte, commentava: "*il vero rischio per la vita di una nazione che vuole conti-*

⁹ *A v. Secretary of State for the Home Office* [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 2 WLR 87.

nuare a vivere secondo le leggi e i valori che l'hanno sempre caratterizzata, non è tanto il terrorismo quanto piuttosto leggi come questa".

La decisione della *House of Lords* fece molto scalpore nel Paese. Due giorni prima della sentenza, David Blunkett era stato praticamente obbligato a dimettersi da Ministro degli Interni, in seguito ad uno scandalo che lo riguardava, pubblicato da tutta la stampa nazionale. Il Ministro aveva abusato della sua posizione per accelerare la procedura prevista dalla legge sull'immigrazione per gli stranieri che vogliono lavorare nel Regno Unito, ottenendo così tutti i permessi necessari all'amante, per agevolare la sua bambinaia filippina.

Se Mr. Blunkett non si fosse dimesso, si sarebbe probabilmente verificata una crisi istituzionale, in quanto il Ministro degli Interni non avrebbe sicuramente accettato la decisione della *House of Lords* e ne avrebbe sollecitato le dimissioni.

Tuttavia, in base a quanto stabilito dallo *The Human Rights Act* 1998, la semplice dichiarazione d'incompatibilità di una legge non ne comporta automaticamente l'invalidità, ma attribuisce al governo il potere di abrogarla con decreto o di modificarla per renderla conforme alla Convenzione europea.

5. La reazione del Governo alla decisione della *House of Lords*: i "control orders" invece della "administrative detention"

A questo punto ci si aspettava che il governo decidesse di abbandonare l'ipotesi di tale detenzione amministrativa, ma non fu così. Il governo ritenne comunque un'esigenza nazionale mantenere la possibilità di incarcerare i presunti terroristi, senza dover attendere l'instaurazione di un processo e una pronuncia di condanna. Pertanto, da un lato, mantenne le norme relative alla custodia cautelare, sebbene nella forma meno afflittiva degli arresti domiciliari; dall'altro, per ovviare al problema della discriminazione tra stranieri e cittadini britannici, estese tale misura coercitiva della libertà personale anche ai cittadini del Regno Unito.

Nel gennaio 2005, il governo Blair presentava poi un altro progetto di legge che introduceva i c.d. *control orders*, misure consistenti nel potere del Ministro degli Interni di limitare la libertà personale di soggetti sospettati di terrorismo, con l'imposizione di alcuni divieti, quali quello di lasciare l'abitazione ovvero di comunicare o incontrarsi con determinate persone.

Anche questa proposta venne fortemente criticata sebbene, dopo un lungo dibattito in Parlamento, nel marzo del 2005, fu approvata con alcune modifiche al progetto originario.

Il risultato fu il *Prevention of Terrorism Act 2005*¹⁰, in cui furono previsti due tipi di *control orders*, uno dei quali comportante forti limitazioni alle libertà della persona, previste dall'articolo 5 della Convenzione. L'autorizzazione del giudice rimaneva necessaria solo per questi, mentre l'altro tipo di *control orders* poteva essere emanato direttamente dal Ministro.

A ben vedere, né l'uno né l'altro sembrano accettabili da un punto di vista delle garanzie: il problema non risiede tanto nel soggetto competente ad emanarli (un giudice o un ministro), ma nel dato per cui viene fortemente limitata la libertà personale di taluni soggetti, solo ed unicamente sulla base di semplici sospetti di un organo non giurisdizionale, senza che questo debba fornire alcun elemento concreto atto a provare – anche in via meramente indiziaria – l'appartenenza a cellule terroristiche.

Sulla scorta di tali considerazioni non sorprende, dunque, che vi siano stati svariati ricorsi alla *House of Lords* aventi ad oggetto la legittimità di questi provvedimenti. Nel novembre 2007, la *House of Lords* si pronunciava su tre di tali ricorsi¹¹, annullandone uno solo di questi, e ritenendo invece legittimi gli altri. Il risultato, in concreto, è che l'istituto dei *control orders* ha superato lo scrutinio di legittimità della corte.

6. L'attentato di Londra del luglio 2005 e la reazione legislativa

Gli attentati terroristici, avvenuti a Londra il 7 luglio 2005, hanno causato la morte di cinquantasei persone. La naturale conseguenza di questa strage fu il sorgere di una forte pressione pubblica sul governo, affinché si attivasse nell'attuare una politica legislativa a tutela dei cit-

¹⁰ 2005 c. 2.

¹¹ *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others* [2007] UKHL 45, [2007] 3 WLR 642; *Secretary of State for the Home Department v MB and AF* [2007] UKHL 46, [2007] 3 WLR 681; *Secretary of State for the Home Department v E and another* [2007] UKHL 47, [2007] 3 WLR 720.

tadini: fu presentata, di lì a poco, una nuova proposta di legge in materia di terrorismo, che si concretizzò nel *Terrorism Act 2006*¹².

La nuova disciplina prevede alcune misure di urgenza, delineate sotto un duplice aspetto: la creazione di nuove fattispecie incriminatrici e l'introduzione di ulteriori deroghe alle ordinarie norme di procedura penale.

Tra le fattispecie penali introdotte *ex novo*, quella che desta più perplessità rimane, il reato di "*glorification of terrorism*", fattispecie che limita fortemente la libertà di parola e facilmente sussumibile in più gravi e diverse condotte di reato già esistenti: si pensi alla condanna, a sette anni di carcere, inflitta all'Imam Abu Hamza nel febbraio 2006, per istigazione all'omicidio posta in essere durante una delle sue prediche in moschea¹³.

Tuttavia, il governo adottava questa normativa d'urgenza nell'ambito della c.d. *gesture politics*, lanciando, in tal modo, un segnale di fermezza nella lotta contro il terrorismo. In ogni caso, nonostante le forti critiche e il lungo dibattito che ha coinvolto il *Terrorism Act 2006*, la legge entrò in vigore alla fine del marzo 2006.

Per quanto attiene le eccezioni alle norme procedurali, invece, la riforma di maggior rilievo appare quella che ha prolungato il termine di durata massima di custodia cautelare, per sottoporre un presunto terrorista ad interrogatorio, a novanta giorni.

Nel 2003 tale termine era già stato esteso da sette a quattordici giorni, con l'introduzione di una norma, ben nascosta che nessuno aveva mai notato, nel *The Criminal Justice Act*¹⁴, legge che, con 339 articoli e 38 appendici, riformava completamente la disciplina del processo penale.

La proposta di introdurre il nuovo termine di novanta giorni sollevò un forte dibattito tra gli addetti ai lavori, aprendo la strada a profonde fratture all'interno del partito di governo, poiché non tutti i membri del partito di Tony Blair erano disposti a votarla.

Parte della stampa nazionalista, come il *The Sun*, si attivò in soccorso di Blair attuando pressioni su quei deputati che non erano disposti a dare il loro voto. Nonostante gli sforzi, Blair venne sconfitto,

¹² 2006 c. 11.

¹³ Cfr. *R v. Hamza* [2006] EWCA Crim 2918; [2007] QB 659.

¹⁴ 2003 c. 44.

per la prima volta, con 49 voti contrari, non riuscendo a convincere la *House of Commons* a fare approvare la norma in argomento.

Alla fine si giunse ad un compromesso: il Parlamento accettò di prolungare il termine utile, per la polizia, di trattenere un presunto terrorista per sottoporlo ad interrogatorio, da quattordici a ventotto giorni, invece dei novanta inizialmente proposti.

Tuttavia, il governo non si accontentò di questo risultato e, agli inizi del 2006, il Ministro degli Interni (Charles Clarke) annunciò l'intenzione dell'esecutivo di apportare, entro breve, nuove modifiche in tema di prevenzione al terrorismo e di estenderle anche alla criminalità organizzata.

Nel dicembre 2007, la *Home Office* presentava un documento dal titolo "*Pre-charge detention of terrorist suspects*", nel quale veniva esposta l'intenzione del governo di accordare alla polizia la possibilità di trattenere un soggetto sospettato di terrorismo, al fine di interrogarlo, fino a quarantadue giorni: ad oggi il Parlamento non si è ancora espresso sul punto.

7. Perché il governo britannico mostra tale predisposizione ad ammettere una forma di detenzione senza un preventivo processo?

Il nostro governo, a tutt'oggi, sembra ancora molto deciso nel voler introdurre una norma che legittimi la preventiva carcerazione nei confronti dei sospettati di reati di terrorismo, senza porsi il problema di doverli perseguire penalmente di fronte ad una corte.

Secondo l'esecutivo, l'ostacolo principale per la politica anti-terrorismo è rappresentato dalla rigida disciplina delle prove nel processo penale, in particolare dal loro regime di utilizzabilità.

Tale motivazione, tuttavia, appare davvero poco persuasiva.

A tal proposito, è necessario comprendere meglio i reali contenuti della c.d. "*convincing evidence*", che il Ministro ha a disposizione, ma che non può essere utilizzata come prova nel processo penale.

Si tratta di informazioni ottenute dai servizi segreti all'estero in luoghi di detenzione come Guantanamo o in paesi, come l'Egitto, dove si pratica ancora la tortura.

Ebbene, non appare accettabile che un governo democratico e liberale come quello britannico sia legittimato a incarcerare semplici sospettati solo sulla base di tali informazioni.

In proposito, si è espressa di recente anche la *House of Lords*, in

un caso molto importante, affermando che le prove, laddove ci sia il sospetto che siano state ottenute sotto tortura, non possano essere utilizzate per scopi legali, qualunque essi siano¹⁵.

Un altro esempio di “*convincing evidence*” è presente nella disciplina delle intercettazioni telefoniche. Tuttavia, in questo caso, il divieto per il governo di utilizzare le intercettazioni telefoniche come prova nel processo penale deriva da una sua stessa scelta, codificata in una sezione di uno statuto (s.17 del *Regulation of Investigatory Act* 2000)¹⁶. Questa disposizione fu introdotta proprio su istanza dell'esecutivo il quale, nonostante le pressioni di molte fazioni per abrogarla, si è ostinatamente rifiutato di modificarla e di rendere legittimo l'ingresso delle intercettazioni telefoniche nel materiale probatorio utilizzabile dalle corti.

La spiegazione “ufficiale” che il governo fornisce a tale divieto, è che si vuole evitare che i criminali possano scoprire come si effettuano le intercettazioni, rendendole di conseguenza del tutto inutili. Tale motivazione “ufficiale” sembra tuttavia celare il timore del governo di attribuire ad un giudice – soggetto non appartenente alla compagine governativa e, comunque, soggetto non politico – la “pericolosa” possibilità di sindacare la decisione del Ministro (degli Interni), competente ad autorizzare le intercettazioni, laddove si ritenesse che tali operazioni non siano state effettuate legalmente¹⁷.

Da tutto quanto esposto, appare chiaro che le misure legislative adottate nel Regno Unito, in risposta all'emergenza terrorismo, pongano in serio pericolo le libertà civili dei cittadini e degli ospiti del Regno Unito: ciò non solo per le modifiche che già sono state introdotte, ma anche per le novità che il governo vorrebbe apportare in futuro alla legislazione sul terrorismo.

Nel 2004, Mr. Blair – allora Primo Ministro – rese pubblica l'intenzione di modificare nuovamente le norme processuali penali introducendo *standard* probatori più bassi, nei procedimenti per i reati più gravi; dal canto suo Mr. Blunkett – allora Ministro degli Interni – propose l'introduzione di una c.d. “*secret evidence*”. La reazione dell'opinione pubblica e degli addetti ai lavori a tali proposte fu del tutto negativa e, per il momento, esse non hanno trovato alcun seguito.

¹⁵ *A v. Secretary of State for the Home Department* (No 2), [2005] UKHL 71; [2005] 3 WLR 1249.

¹⁶ 2000 c. 23.

¹⁷ Cfr. J.R. SPENCER, “*Tapping into telephones*” (2005) 155 *New Law Journal* 309.

Ci si chiede, allora, come sia possibile che possano accadere cose del genere nel paese della *Magna Carta* e, a tale quesito, la risposta potrebbe sintetizzarsi in due punti: il primo, è che il Regno Unito non ha una costituzione scritta e non ci sono limiti al potere del Parlamento; il secondo, è che non abbiamo vissuto sulla nostra pelle l'esperienza di una dittatura e forse per questo motivo non riusciamo ad apprezzare la nostra libertà, perché appunto non l'abbiamo mai persa.

*“The condition upon which God hath given liberty to man is eternal vigilance; which condition if he break, servitude is at once the consequence of his crime, and the punishment of his guilt”*¹⁸: Dio ha donato agli uomini la libertà ad una condizione, che essi vigilino eternamente su di essa: se tale condizione non viene rispettata, la schiavitù sarà allo stesso tempo la conseguenza dei loro crimini e la punizione per le loro colpe.

Bibliografia supplementare:

David Feldman, *Human rights, terrorism and risk: the roles of politicians and judges*, [2006] *Public Law* 332-352.

Clive Walker, *The Anti-terrorism Legislation* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Id., *Terrorism and Criminal Justice – Past, Present and Future*, [2004] *Criminal Law Review*, 311-327.

¹⁸ CURRAN, JOHN PHILPOT, *Speech on the right of election of Lord Mayor of Dublin*, 1790.

ISABEL GONZÁLEZ CANO

LA NORMATIVA DI CONTRASTO AL TERRORISMO IN SPAGNA

SOMMARIO

I. Le riforme legislative in Spagna alla luce della Decisione del marzo 2002 relativa alla lotta contro il terrorismo. II. Le riforme in Spagna alla luce della Comunicazione della Commissione del 2004 nell'ambito della lotta contro il terrorismo e del Regolamento sul SIS (Sistema di Informazione di Schengen). III. L'adattamento della legislazione spagnola agli obiettivi del programma dell'Aia in materia di terrorismo: 1. La prevenzione e la lotta contro il finanziamento del terrorismo: l'allargamento dei casi di sequestro. 2. Il programma a favore delle vittime del terrorismo. IV. Gli attuali pilastri della lotta anti-terrorista: 1. La prevenzione del terrorismo: A) La legge dei partiti politici B) La riforma del Codice Penale in materia di esplosivi. 2. La persecuzione e le indagini sul terrorismo.

I. Le riforme legislative in Spagna alla luce della decisione del marzo 2002 relativa alla lotta contro il terrorismo

Dagli attacchi dell'11 settembre 2001, la UE ha intensificato notevolmente la lotta contro il terrorismo. Così, uno degli strumenti più importanti in materia, tanto per il suo contenuto così come per la sua forza vincolante, è la DM che invita gli Stati membri ad armonizzare le proprie legislazioni e che stabilisce norme minime sui delitti terroristi. Si tratta della DM 2002/475/JAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alla lotta contro il terrorismo.

Tale DM sarà applicabile a tutti gli atti di terrorismo commessi in forma dolosa e che possono mettere in pericolo un'organizzazione internazionale o un paese. Deve trattarsi analogamente di atti commessi con la finalità di minacciare la popolazione o distruggere o colpire seriamente le strutture politiche, economiche o sociali del paese (omicidi, danni corporali, sequestro di persona, estorsione, fabbricazione di armi, attentati, minacce di commettere tali atti, ecc.) commessi da uno o più individui e contro uno o più paesi.

La DM invita gli Stati membri a realizzare le riforme legislative necessarie al fine di includere nelle legislazioni nazionali misure efficaci in questo campo. Per il momento, la legislazione spagnola si adegua a questa DM europea, nei seguenti punti:

– Il nostro ordinamento penale materiale prevede sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che, inoltre, facilitano l'estradizione. La nostra riforma penale del 1995 (Codice Penale del 1995) e le successive riforme sono indirizzate a tale scopo, favorendo un inasprimento generalizzato delle pene, aumentando i tipi di reato che sono in relazione con il terrorismo, e favorendo l'adempimento effettivo e completo delle pene privative della libertà.

– Allo stesso modo, il Codice Penale del 1995 prevede circostanze aggravanti e attenuanti, quali la collaborazione con autorità giudiziarie e di polizia, l'identificazione di prove e di altri partecipanti negli atti delittuosi, ecc. che oltre a favorire l'indagine sulle bande armate, possano favorire un miglioramento della situazione degli imputati e/o processati per reati di terrorismo.

– Analogamente, sono previste sanzioni contro le persone giuridiche, allorquando sia provato che la persona fisica sia munito del potere di rappresentanza di entità o autorità tale da poter effettuare un controllo sulla stessa.

– Dall'altro lato, si stabilisce la competenza giudiziaria per esaminare gli atti di terrorismo se è stata rifiutata l'estradizione. In tal senso, l'art. 23.4 della Legge Organica del Potere giudiziario (successivamente LOPJ), dispone che la giurisdizione spagnola sarà competente per conoscere (processare) i fatti commessi dagli spagnoli o stranieri fuori del territorio nazionale suscettibili di essere tipizzati in base alla legge penale spagnola come delitti di terrorismo.

– Dal punto di vista strettamente processuale, la Legge Processuale Penale spagnola contiene due specialità fondamentali in materia di investigazione e istruzione di cause di terrorismo e appartenenza a banda armata, che sono il risultato della riforma iniziata in questa materia a partire dalla decade degli anni '80.

a) In primo luogo, in materia di detenzione preventiva di presunti responsabili di atti di terrorismo o di appartenenza a banda armata, la stessa può prolungarsi oltre il termine costituzionale di 72 ore. In concreto, l'art. 520 *bis* della Legge Processuale Penale, introdotto dalla Legge Organica 4/1988, prevede che la detenzione potrà prolungarsi il tempo necessario ai fini di investigazione fino a un limite massimo di 48 ore, ma con le dovute cautele e garanzie. In tal senso, si richiede per adottare questa misura eccezionale, che le forze e i corpi di polizia sollecitino tale proroga mediante comunicazione motivata al giudice istruttore entro le prime 48 ore di detenzione, in maniera che

sia imprescindibile il provvedimento giudiziario motivato per prolungare la detenzione per altre 48 ore.

b) Allo stesso modo, il citato art. 520 *bis*.2 della Legge prevede che l'isolamento del detenuto presunto autore dell'atto terroristico sia deciso con provvedimento motivato del giudice istruttore. L'isolamento durante la detenzione non implica, comunque, una privazione del diritto di difesa, giacché ciò che realmente si limita è la possibilità di comunicazioni e contatti esterni che limitino l'investigazione. Pertanto, gli unici limiti, contenuti nell'art. 527, sono tre:

- che in ogni caso l'avvocato sarà uno di ufficio, in maniera che il detenuto non possa nominare un avvocato di fiducia;
- che non avrà diritto alla comunicazione del suo arresto alla persona o al familiare che desideri come il luogo di detenzione in cui si trovi in quel momento;
- e, per ultimo, non avrà diritto a un colloquio riservato con il suo difensore negli uffici della polizia.

Sulle conseguenze dell'isolamento, bisogna dire, dall'altra parte, che la sua durata si riferisce unicamente al fermo di polizia, che può a sua volta durare 72 ore (termine massimo generale) o 120 ore (fino a cinque giorni, inclusa la proroga giudiziaria di 48 ore a cui abbiamo fatto prima riferimento). Pertanto, detto isolamento non è possibile dopo che il detenuto sia messo a disposizione del giudice.

II. Le riforme in Spagna alla luce della comunicazione della commissione del 2004 nell'ambito della lotta contro il terrorismo e del regolamento sul sis (sistema di informazione di Schengen)

* Dal canto suo, la lotta contro il terrorismo e le forme gravi di delinquenza richiede un miglioramento degli interscambi di informazione. A tal fine, è necessario che ci sia un equilibrio tra il miglioramento del livello di sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare il diritto alla *privacy* e il diritto alla protezione dei dati personali. In tal senso, e partendo dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa alle azioni che devono essere intraprese nell'ambito della lotta contro il terrorismo, in particolare l'interscambio di informazione (COM (2004) 221 finale), attualmente in Spagna esiste la consapevolezza della necessità di stabilire un vincolo tra le misure di lotta contro la delinquenza organizzata e il terrorismo che, talvolta, non sembra evidente, ma ci sono rapporti

sia nei metodi che nel finanziamento tra delinquenza e terrorismo. In definitiva, il terrorismo deve essere affrontato anche in rapporto con le altre forme di criminalità.

In tal senso, varie sono le misure per raggiungere tali obiettivi.

- In primo luogo, le Forze e i Corpi di Sicurezza dello Stato elaborano una lista elettronica di persone, gruppi e entità oggetto di misure restrittive; una lista elettronica, che è permanentemente aggiornata e consolidata.

- Dall'altro lato, è stato creato un sistema nazionale efficace di registrazione dei conti bancari, per meglio seguire le tracce dei movimenti di capitali nel contesto delle investigazioni penali, in particolare nell'ambito del finanziamento del terrorismo e del riciclaggio di capitali.

- In terzo luogo, si studia l'instaurazione di sistemi che garantiscano una maggiore trasparenza delle persone giuridiche, incluse le organizzazioni senza fine di lucro, in equilibrio con i diritti fondamentali e con la protezione dei dati di carattere personale.

- In quarto luogo, la Spagna appoggia e sostiene la creazione, nell'ambito dell'UE, di un casellario giudiziario europeo, con il fine di interscambio efficace di informazioni sulle condanne e inabilitazioni o misure di confisca dei beni o attivi del condannato. In tal modo, si agevolerà la scoperta della recidiva e si potranno individualizzare in maniera omogenea le sanzioni in tutta la UE, oltre a potenziare il rispetto del principio del *ne bis in idem*.

* Un'altra questione che non può essere sottovalutata concerne le nuove funzioni del SIS nell'ambito della lotta contro il terrorismo. In tal senso, occorre menzionare il Regolamento (CE) n° 871/2004 del Consiglio del 29 aprile 2004, relativo all'introduzione del sistema SIS, e la Decisione del Consiglio 2005/211/JAI del 24 febbraio 2005, sull'introduzione di nuove funzioni per il SIS.

Nel Consiglio europeo di Laeken, gli Stati membri si sono impegnati a rafforzare la cooperazione tra i servizi specializzati nella lotta contro il terrorismo, così come a trovare una definizione comune dei delitti di terrorismo. Nel giugno 2002, il Consiglio ha approvato una decisione quadro per armonizzare le legislazioni sulla definizione degli elementi costitutivi delle infrazioni penali e delle pene applicabili ai terroristi.

Inoltre, il miglioramento delle capacità operative del SIS non può prescindere dalla sua collaborazione con Europol e Eurojust.

Tale Regolamento e la Decisione, approvati per iniziativa spagnola

ha, dunque, per oggetto migliorare l'utilizzo del SIS, introducendo nuove funzioni.

Allo stato attuale, il SIS permette alle autorità competenti degli EEMM di disporre dell'informazione relativa ad alcune categorie di persone e di beni, costituendo un elemento essenziale per il buon funzionamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Di fatto, l'art. 93 della Convenzione di Schengen del 1990 prevede che il SIS abbia quale oggetto preservare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, così come applicare le disposizioni sulla libera circolazione delle persone.

Le principali modifiche del SIS introdotte da questo Regolamento e dalla Decisione si riferiscono principalmente a:

- l'accesso di Europol e dei membri nazionali di Eurojust ai dati del SIS;
- l'ampliamento delle liste di categorie di oggetti ricercati, che possono essere oggetto di indicazione: navi, aeronavi, contenitori, permessi di circolazione, permessi di residenza, certificato di immatricolazione e mezzi di pagamento.
- l'accesso al SIS delle autorità giudiziarie nazionali responsabili in materia di persecuzione nell'ambito dei procedimenti penali e delle investigazioni giudiziarie.

III. L'adattamento della legislazione spagnola agli obiettivi del programma dell'Aia in materia di terrorismo

Il Programma dell'Aia, che è stato adottato dal Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004, raccoglie le dieci priorità dell'UE, destinate a rafforzare lo spazio di sicurezza, libertà e giustizia nei prossimi 5 anni.

Passiamo successivamente a sviluppare brevemente le misure direttamente correlate alla lotta antiterrorista, esponendo la situazione che, sulle stesse, presenta l'ordinamento spagnolo.

1. La prevenzione e la lotta contro il finanziamento del terrorismo: il sequestro allargato

Esiste una relazione evidente tra terrorismo e delinquenza organizzata. La delinquenza organizzata ha come principale obiettivo il beneficio economico. Una forma efficace di lotta contro la stessa è continuare a sequestrare gli utili che provengono dalla delinquenza. Per

questa ragione, le organizzazioni internazionali, preoccupate per la delinquenza transnazionale - Nazioni Unite, Consiglio di Europa, Unione Europea -, hanno promosso l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati nel senso di avere norme effettive che permettano il sequestro degli proventi illeciti.

La Decisione quadro di febbraio 2005, relativa al sequestro dei prodotti, mezzi e beni pertinenti al delitto, è un'importante norma che avrà una notevole influenza sull'istituto del sequestro.

La sua finalità è integrare la definizione e l'attuazione delle misure di sequestro negli Stati membri, per mezzo dell'istituzione dell'obbligo di sequestro, a partire da un determinato livello di pena, e della previsione di applicare in determinate ipotesi le misure di sequestro allargato.

La DM distingue tra il sequestro comune e il sequestro allargato. Il primo colpisce gli strumenti e i proventi delle infrazioni penali che implicino pene privative della libertà di durata superiore a un anno, o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi.

Il nostro CP si adegua a tale previsione della DM. Nel nostro sistema, il sequestro è applicabile a qualunque azione od omissione dolosa, indipendentemente dalla pena che esse prescrivano. La possibilità di sequestrare beni per un valore equivalente - richiesta dalla Decisione quadro - è già contemplata dall'articolo 127 del Codice penale (CP), dopo la riforma introdotta dalla Legge Organica (L.O.) 15/2003. In effetti, poiché il sequestro dei beni provenienti dal delitto non è possibile in tutte le occasioni, si consente il sequestro per un valore equivalente di altri beni che appartengono a coloro che sono responsabili penalmente del fatto. Per quanto concerne il sequestro comune, l'unica discrepanza tra il CP e la DM risiede nel fatto che il CP limita il sequestro alle azioni od omissioni dolose, mentre la DM si riferisce genericamente a tutte le infrazioni penali, sempre che siano punite con pena privativa della libertà di durata superiore a un anno.

Il potere di sequestro allargato, che gli Stati membri dovranno introdurre nelle loro legislazioni prima del 15 marzo 2007, ha la seguente configurazione:

- In primo luogo, si applicherà solamente ai reati di falsificazione di moneta, riciclaggio di capitali, traffico illegale di persone, corruzione di minorenni e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e terrorismo.

- In secondo luogo, la persona condannata per uno di questi reati, eccetto il terrorismo, deve operare nell'ambito di un'organizzazione criminale, così come questa figura è definita nella normativa dell'UE.

– In terzo luogo, il sequestro allargato verrà applicato solamente allorquando tali reati implichino pene detentive di una certa gravità. In relazione al riciclaggio di capitali, si esige che esso sia punito con pena di reclusione che abbia un massimo di almeno quattro anni. Per i restanti reati, la durata della pena di reclusione deve avere una pena massima dai cinque ai dieci anni.

– Da ultimo, è previsto che il reato commesso sia di tale natura da poter generare un vantaggio economico.

In cosa consiste il potere di sequestro allargato? Principalmente, esso consiste nel poter controllare contabilmente tutto il patrimonio della persona condannata, di modo che, qualora sia stata accertata la provenienza illecita dei suoi beni, si proceda alla loro confisca, sebbene questi beni non abbiano una relazione diretta con il reato in concreto commesso. Se si fornisce la prova che i guadagni sono di provenienza illecita, sarà sufficiente applicare il sequestro comune. La modalità allargata permette il sequestro di beni della persona condannata allorquando il giudice, analizzando le circostanze del caso concreto, giunga razionalmente alla convinzione che detti beni provengano da attività delittuose realizzate dal condannato durante il periodo precedente alla condanna. È sufficiente che queste attività delittuose, previe alla condanna, siano similari, non necessariamente uguali, ai fatti per i quali è stato condannato il colpevole. Da ultimo, e in forma ancor più estrema, se c'è una sproporzione tra il patrimonio della persona condannata e i suoi introiti legali, l'organo giurisdizionale potrà procedere al relativo sequestro, qualora giunga alla convinzione che detto patrimonio provenga dall'attività delittuosa del condannato.

Per concludere l'analisi dei casi di sequestro allargato, la DM permette agli Stati membri, in maniera facoltativa, di sequestrare i beni acquisiti dai parenti del colpevole e i beni trasmessi a una persona giuridica, su cui il condannato eserciti un controllo effettivo in modo individuale o congiunto con i suoi parenti. La stessa regola si applicherà allorquando il colpevole riceva una parte considerevole degli introiti della persona giuridica.

La teoria classica del sequestro, sostenuta dal Tribunale Supremo spagnolo, lo considera una conseguenza accessoria del reato, per cui esso deve mantenere una connessione típica con la responsabilità penale, e deve risultare accertato nel fascicolo dei fatti probatori che gli effetti, gli strumenti o i profitti provengano dall'illecito o siano pertinenti dello stesso, tutto ciò nel rispetto del principio accusatorio.

Succede che la criminalità organizzata e il terrorismo, la loro capa-

cità di produrre profitti economici molto elevati, le possibilità di occultare o favorire l'origine illecita dei proventi, attraverso una fitta rete di negozi simulati e di società prestanome intermediario e tutto ciò solleva la necessità di domandarsi se il sequestro, attualmente vigente, sia uno strumento realmente efficace per la lotta contro la criminalità globalizzata.

Tutto parrebbe supporre una revisione profonda di questo istituto penale di origine processuale preventiva. La riforma attuata nell'articolo 127 CP dalla L.O. 15/2003 ha già estremizzato il suo rigore repressivo, includendo i beni, le misure o gli strumenti con cui sia stato commissionato il delitto, prevedendo il sequestro di altri beni del colpevole per un valore equivalente a quelli che non si è potuto sequestrare e dando la facoltà al giudice di procedere al sequestro, anche se non sia stata applicata una pena per essere la persona esente da responsabilità criminale o la stessa si sia estinta.

La DM presuppone un vigoroso passo in avanti in questa direzione di combattere la delinquenza organizzata – si pensi, per esempio, alle reti internazionali di narcotraffico o di riciclaggio di denaro connesse con le bande terroristiche – con autentica parità di armi. Se una persona facente parte di una organizzazione criminale sia stata dichiarata colpevole per un reato grave che possa produrre ingenti guadagni, e il patrimonio di detta persona non possa giustificarsi con i suoi introiti legali, è ragionevole dedurre che il reato che sia stato sanzionato sia soltanto un altro commesso dall'accusato. La legge autorizzerà l'organo giurisdizionale a procedere al sequestro di detti beni se, sulla base dei fatti concreti, giunga al pieno convincimento della loro origine illecita.

La decisione normativa, che viene incorporata nella nostra legislazione, dovrà logicamente rispettare i diritti e le garanzie costituzionali dell'accusato, in particolare la presunzione di innocenza, come sanciscono gli articoli 4 e 5 della stessa Decisione Quadro. Riconoscendo le difficoltà tecniche inerenti ad ogni cambiamento giuridico che sia importante, il sequestro allargato richiesto dall'UE rappresenta una delle priorità dell'attuale legislatura in Spagna.

2. Il programma a favore delle vittime del terrorismo

A partire dal Decreto Reale (RD) 2317/2004 del 17 dicembre, è stato istituito in Spagna l'Alto Commissariato di sostegno alle vittime del terrorismo. Il riconoscimento e l'attenzione alle vittime del terrori-

smo è una necessità sentita da tutta la società spagnola, sensibilizzata, senza alcun dubbio, innanzitutto nei confronti delle vittime delle conseguenze della violenza terrorista. E non è solo una necessità di stretta giustizia e di solidarietà, ma anche una manifestazione della forza morale che la stessa società fa valere di fronte alla minaccia che questa violenza rappresenta.

Senza dubbio, il lavoro portato a termine dalle associazioni e fondazioni create negli ultimi anni è risultato fondamentale nel compito di sensibilizzazione verso le vittime e nell'espressione dell'impegno morale di fronte al terrorismo; però, come non è possibile misurare alcuno sforzo per migliorare l'efficacia e le misure nello sviluppo di questo compito, il Governo, nell'ambito di sua competenza, considera suo preciso dovere approfondire i meccanismi di armonizzazione dell'azione dei differenti organi e organismi dell'Amministrazione dello Stato, per conseguire un'assistenza integrale alle vittime delle azioni terroristiche.

Inoltre, occorre incrementare il coordinamento e la cooperazione con le restanti amministrazioni territoriali che attuano adempimenti su questo terreno, creando, attraverso ciò, i necessari canali che permettano di dare tale assistenza integrale.

In tal modo, l'Alto Commissariato, dipendente direttamente dalla Presidenza del Governo, assume il compito di articolare i meccanismi di coordinamento e cooperazione e propone tutte le misure legislative e materiali che si stimino opportune per realizzare un'attenzione globale ed efficace alle vittime del terrorismo. L'Alto Commissariato assume così:

- il conseguimento degli adempimenti degli organi dell'Amministrazione in materia di assistenza e aiuti alle vittime del terrorismo, di natura economica o di qualunque genere;
- collaborare con associazioni, fondazioni e altre istituzioni pubbliche e private che prestino attenzione alle vittime;
- cooperare con tutte le amministrazioni pubbliche;
- valutare continuamente la situazione economica e sociale delle vittime;
- proporre iniziative legislative e regolamentari per migliorare l'informazione, l'attenzione e l'appoggio alle vittime.

Queste sono le linee maestre di quella che sarà la Legge di solidarietà per le vittime del terrorismo

Analogamente, è stato creato, indipendentemente dagli Organismi comuni o generali di assistenza alla vittima, lo specifico Organismo di

assistenza alle vittime del terrorismo nella “*Audiencia*” Nazionale, che è l'organo giurisdizionale incaricato di istruire e giudicare i casi di terrorismo.

Allo stesso modo, nella già progettata riforma della Legge sul Processo penale, si contempla espressamente il diritto di informazione della vittima, in tutte le fasi del processo, la facilitazione da parte di tutti gli operatori (giudici, pubblici ministeri ecc.) della possibile individualizzazione nella causa penale e l'esercizio di azioni civili di risarcimento.

Inoltre, si studia la riforma del sistema di protezione delle vittime che siano testimoni in queste cause penali, con il fine di creare l'organizzazione amministrativa necessaria per fornire una protezione effettiva alla vittima nelle sue dichiarazioni e collaborazioni con la giustizia, che si estenda dall'anonimato, fino ai sistemi di cambio di identità, domicilio, o lavoro.

IV. I pilastri attuali della lotta antiterrorista

Il terrorismo è una minaccia per tutti gli Stati e per tutti i popoli. Rappresenta una enorme minaccia per la nostra sicurezza, per i valori delle nostre società democratiche e per i diritti e libertà dei nostri cittadini, in particolare colpendo come obiettivo indiscriminato gente innocente. Il terrorismo è criminale e non può essere giustificato da nessuna circostanza.

I quattro pilastri della strategia della UE per la lotta antiterrorista sono prevenire, proteggere gli obiettivi essenziali, perseguire e indagare i membri delle reti esistenti e rispondere in maniera più efficace di fronte alle conseguenze degli attentati, una risposta globale e proporzionata alla minaccia terroristica internazionale. È una strategia che richiede un lavoro su scala nazionale, europea e internazionale, per ridurre la minaccia del terrorismo e la nostra stessa vulnerabilità di fronte ai suoi attacchi (strategia che si adotta dopo l'attentato dell'11 marzo a Madrid –Consiglio europeo di marzo 2004-).

1. La prevenzione del terrorismo

A) La legge sui partiti politici

In materia di prevenzione, in Spagna spicca l'idea di combattere l'aggravamento e la diffusione del terrorismo. In Spagna, si è preteso

di plasmare questo obiettivo nella Legge organica sui partiti politici del 27 giugno 2002.

Sebbene i partiti politici non siano organi costituzionali, tuttavia gli enti privati con base associativa rappresentano una parte essenziale della architettura costituzionale, svolgono funzioni di una importanza costituzionale primaria e dispongono di una doppia natura che la dottrina suole riassumere con reiterati riferimenti alla loro rilevanza costituzionale e alla garanzia istituzionale degli stessi da parte della Costituzione.

Sia dall'uno che dall'altro punto di vista, risulta evidente che i tempi presenti richiedono un rafforzamento e un miglioramento del loro statuto giuridico con un regime più delineato, garantista e completo. Se così è per ogni associazione, a maggior ragione lo deve essere per le associazioni politiche, la cui finalità è quella di unificare convincimenti e sforzi per incidere nella direzione democratica delle decisioni pubbliche.

Però, occorre anche prendere in considerazione che i partiti sono strumenti fondamentali per il funzionamento dello Stato, per cui il loro regime necessita di una minuziosa regolamentazione, specificando quali siano le esigenze costituzionali di organizzazione e funzionamento democratico di un partito, tanto con riferimento al rispetto di principi democratici nella loro organizzazione interna o nell'attività esterna, che per quanto riguarda i procedimenti per renderli effettivi.

L'obiettivo è in primo luogo evitare che un partito possa in forma reiterata e grave attentare contro il regime di libertà, giustificare il razzismo o la xenofobia o appoggiare politicamente la violenza e le attività di bande terroristiche. In special modo, si prende in considerazione che, a causa dell'attività di terrorismo, risulta indispensabile identificare e differenziare con chiarezza quelle organizzazioni che difendono e promuovono le loro idee e programmi con rispetto scrupoloso dei metodi democratici, da quelle altre che sostengono la loro azione politica in connivenza con la violenza, il terrore, la discriminazione, l'esclusione e la violazione dei diritti e delle libertà.

A tali fini, si stabilisce un procedimento giudiziario che può concludersi con la dichiarazione di illegalità dei partiti che appoggiano politicamente in forma reale ed effettiva la violenza o il terrorismo, separato da quello che si prevede nel CP per sciogliere le associazioni illecite.

In tal senso, la Legge del 2002 opta per non riconoscere il carattere democratico di un partito e la sua conformità ai valori costituziona-

li, riferendosi non alle idee o ai fini proclamati dallo stesso, ma considerandoli congiuntamente alla sua attività. Gli unici fini esplicitamente vietati sono quelli che comportino un illecito penale, che implicheranno in tal caso lo scioglimento o la sospensione del partito. Pertanto, la sua illegittimità deriva da un'attività che, in forma evidente e reiterata, violi i valori democratici, i diritti e le libertà.

B) *La riforma del codice penale in materia di esplosivi*

Anche in materia di prevenzione, si è proceduto, recentemente, a una riforma nel CP in materia di esplosivi. Nell'ambito dell'*Accordo per le Libertà e contro il Terrorismo*, il Governo, attraverso il Ministero dell'Interno, ha dato priorità a un Piano Antiterrorista per stimolare la lotta contro le bande armate tanto interne al nostro paese che con proiezione internazionale.

Come dimostrato in maniera manifesta dai tragici attentati a Madrid dell'11 marzo e 3 aprile 2004, le nuove forme di terrorismo di natura internazionale che cominciano ad apparire nel nostro paese, sono difficili da scoprire e, pertanto, da controllare. Di fronte alla minaccia terrorista, si rende necessario introdurre miglioramenti nell'ordinamento sanzionatorio, con i quali il nostro Stato sociale e democratico di diritto possa rispondere in forma garantista, legittima e altrettanto efficace.

A tal fine, questa riforma tenta di rafforzare l'intervento sanzionatorio tanto in ambiti suscettibili di miglioramento, come in concreto *in materia di sostanze esplosive che possano causare stragi*, per la constatata inefficacia degli strumenti legali dei quali dispone detto settore, onde evitare un consumo indebito di sostanze particolarmente pericolose.

Detti miglioramenti implicano, in primo luogo, una revisione e modernizzazione dei principi amministrativi basilari di controllo in materia di esplosivi, però, in ultima istanza, richiedono anche l'esercizio del *ius puniendi* nelle sue due manifestazioni: quella sanzionatoria amministrativa e quella punitiva statale. Ciò perché, secondo la comprovata giurisprudenza costituzionale, entrambe le manifestazioni sanzionatorie possono concorrere nella tutela di un medesimo bene giuridico.

La presente riforma adotta come ineludibile punto di partenza la necessità di tutelare beni giuridici individuali come, tra gli altri, *la vita e la integrità fisica delle persone*, che trovano il loro referente costituzionale

nei diritti fondamentali dell'art. 15 della Magna Carta. Allorquando beni giuridico-penali di grande rilevanza siano stati direttamente colpiti con metodi terroristici e siano tutelati nell'ambito dell'uso illecito di esplosivi, indirettamente si colpisce la sicurezza nel suo insieme della società democratica, è possibile constatare non solamente l'inefficacia della potestà sanzionatoria amministrativa nel controllo di detti illeciti, ma anche l'insufficienza e la mancanza di efficacia degli strumenti penali per affrontare qualunque fenomeno criminale che possa causare stragi. Al margine di delitti come quello dell'art. 573 C.P., caratterizzati dall'esigenza che concorra la finalità di sovvertire l'ordine costituzionale o alterare gravemente la pace pubblica, il nostro ordinamento giuridico-penale manca di previsioni espresse che abilitino all'incriminazione delle condotte di coloro che siano inadempienti ai loro doveri di custodia, consentendo, con azioni o omissioni, la provocazione di stragi, orbene, dette condotte devono essere qualificate conformi a diversi precetti, ponendosi in tal caso complessi problemi in materia di azione, partecipazione e concorso di reati.

Conseguentemente, i miglioramenti alla legislazione penale che adesso si introducono, sono giustificati dall'ineludibile rispetto delle garanzie di *frammentarietà e sussidiarietà*: da un lato, resta salvaguardato il primo mandato allorquando si tratti di proteggere beni particolarmente rilevanti, necessari e suscettibili di tutela, come quelli menzionati e, in ultima istanza, la sicurezza collettiva di fronte ad aggressioni di estrema gravità, compiute utilizzando esplosivi. Dall'altro, l'inefficacia dell'intervento amministrativo per controllare il possesso e il consumo illecito di esplosivi, che possano causare gravi pregiudizi alla società, rende necessario che si debba ricorrere *sussidiariamente* al Diritto penale per garantire l'integrità dei beni giuridici essenziali per la coesistenza nella società.

In definitiva, le modifiche che il presente testo stabilisce, si fondano su un principio di *ultima ratio*, dato che il *ius puniendi* si attua in ultima istanza, senza che si abbia soltanto l'idea di trasmettere alla cittadinanza l'impressione di sicurezza e di decisione del conflitto, attraverso la penalizzazione del medesimo. Inoltre, occorre considerare che, con la presente riforma, non si puniscono nuove forme di delinquenza, bensì si tratta di perfezionare le figure tipiche delittuose del Capitolo I della Sezione 3^a, mediante l'incorporazione di una figura delittuosa, *con la quale si tratti di decidere, con espressa regolamentazione positiva, tanto le complesse problematiche della partecipazione criminale, quanto le possibili carenze normative*. In ogni caso, l'intervento penale

in questa materia è soggetto a limiti garantisti, che derivano dai precedenti principi.

Si introduce, di conseguenza, un nuovo principio nel Codice Penale, l'art. 348 *bis*, con il quale si auspica di risolvere i possibili dubbi circa l'esistenza di lacune di punibilità relative a condotte illecite degli incaricati del controllo di esplosivi. Se ciò è, si tratta ora di punire espressamente la condotta di coloro che, essendo incaricati di custodire e controllare esplosivi e altre sostanze che possano causare stragi, non adempiano a detto dovere, contrariamente agli incarichi deducibili dalla legislazione sugli esplosivi – principalmente, il *Regolamento sugli Esplosivi*, approvato dal Decreto Reale 230/1998, del 16 febbraio –, e dalle norme fondamentali in materia di sicurezza mineraria – il *Regolamento Generale di Norme Fondamentali sulla Sicurezza Mineraria*, approvato dal Decreto Reale 863/1985, del 2 aprile – sia nel caso in cui diano quelle sostanze a terzi, sia che se ne appropriino o, da ultimo, permettano che altri le sottraggano.

Inoltre, con la delimitazione del gruppo di soggetti attori si tratta di adeguare il precetto al principio di frammentarietà, posto che la prassi ha dimostrato che gli attacchi più gravi a detti beni giuridico-penalni sono soliti provenire da soggetti obbligati, per legge o contratto, alla custodia di sostanze esplosive che possano causare stragi. Conseguentemente, l'apparente progresso nella linea di intervento penale deve essere relativizzato, posto che non si è creduto necessario punire qualunque condotta trasgressiva delle norme di sicurezza relative agli esplosivi che possano causare stragi, ma solo quelle condotte poste in essere dagli incaricati di custodire dette sostanze. Questo limite soggettivo garantisce, nello stesso tempo, la distinzione tra i reati e le infrazioni amministrative in materia di esplosivi.

Da un altro punto di vista, si aumentano le pene previste nell'art. 348 del Codice Penale, non soltanto per adeguare le conseguenze giuridiche di questo reato a quelle comminate per gli illeciti delle restanti sezioni del Capitolo I del Titolo XVII, ma principalmente per frenare le differenze in materia penale esistenti tra il citato precetto ed altri, come l'art. 568 C.P., in cui sono previste analoghe modalità di condotta. Comunque sia, in tal modo e nell'insieme, i rispettivi contenuti illeciti dei reati, di cui agli artt. 348 C.P. e 568 C.P. presentano una distinta gravità, la cui punizione dovrà stabilirsi in pratica attenendosi al principio di proporzionalità in senso stretto.

Da ultimo, logica conseguenza delle antecedenti riforme è la modifica della rubrica della Sezione 3^a del Capitolo I, Titolo XVII, che ora

passa a denominarsi “Di altri reati pericolosi causati *dagli esplosivi* e altri agenti”, trattandosi di distaccarli nella *ratio legis* o finalità oggettiva che informa l'interpretazione di questi precetti, ponendo l'accento sul principio della pericolosità delle sostanze esplosive utilizzate come misure di attacco, in quanto possono perturbare gravemente la sicurezza collettiva e mettere in pericolo beni giuridico-penali individuali particolarmente essenziali per la coesistenza nella nostra società democratica, come la vita o l'integrità fisica.

2. La persecuzione e l'indagine sul terrorismo

Le principali linee di attualizzazione, potenziate in Spagna in materia di lotta antiterrorista, passano, inoltre, attraverso i seguenti obiettivi, succintamente enunciati:

- Necessità di attualizzare le misure necessarie per l'indagine, compito che si sta adempiendo con l'elaborazione di uno schema di progetto di nuova Legge sul Processo Penale.
- Potenziare il mandato europeo di arresto e detenzione, di cui la Spagna è fedele sostenitrice.
- Potenziare la richiesta europea dell'conseguimento di prove, strumento attualmente in elaborazione.
- Potenziare le *équipes* congiunte di indagine.
- Potenziare l'interscambio pratico di cooperazione e informazione tra polizia e autorità giudiziarie, attraverso Europol e Eurojust. La UE è sempre più aperta. Rappresenta una zona di interdipendenza sempre più grande, che permette la libera circolazione di persone, idee, tecnologie e risorse. È un ambiente di cui approfittano i terroristi per conseguire i loro obiettivi, per cui in questo contesto è imprescindibile un'azione, stringendo un compromesso con l'Unione Europea.

Il governo spagnolo ha presentato un Progetto di legge che è motivato dalla necessità di adeguare il nostro ordinamento giuridico al contenuto della *Decisione 2002/187/JAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002*, con la quale si crea Eurojust “*per potenziare la lotta contro le forme gravi di delinquenza*”.

Detta Decisione, che è obbligatoria in tutte le sue parti per gli Stati membri, ha significato nel 2002 un passo importantissimo nella costruzione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

Eurojust si configura come un organo dell'Unione Europea, dotato di propria personalità giuridica, il cui finanziamento è a carico del bilancio generale dell'Unione. Il suo obiettivo principale è *facilitare*

l'adeguato coordinamento delle procure nazionali, sostenere le indagini penali nei casi di criminalità organizzata, in particolare basandosi sulle analisi di Europol; inoltre, cooperare strettamente con la rete giudiziaria europea, con la finalità di semplificare l'esecuzione di commissioni rogatorie.

L'oggetto del progetto di legge approvato dal Congresso dei deputati spagnoli è emanare le disposizioni minime necessarie per rendere possibile l'attuazione di Eurojust, in particolare, per quanto riguarda lo statuto del membro nazionale spagnolo di Eurojust e le relazioni delle autorità spagnole con detto Organo dell'Unione Europea.

Inoltre, il progetto di legge regola alcuni aspetti molto concreti di organi o entità che, in materia di cooperazione giudiziaria, sono stati creati negli ultimi anni nell'Unione Europea: Reti Giudiziarie Europee e magistrati di collegamento.

Il testo del Progetto di Legge è stato sottoposto a un lungo periodo di consultazioni, nel corso delle quali si è sentito il parere delle istituzioni dello Stato (Consiglio Generale del Potere Giudiziario, Consiglio Fiscale e Consiglio di Stato), che hanno aiutato a perfezionare l'antiprogetto nella fase della sua formazione. Nel progetto si riuniscono alcuni dei loro contributi.

Da un lato, spicca l'inclusione del Direttore dell'Agenzia Spagnola di Protezione dei Dati nell'Autorità Comune di Controllo di Eurojust; dall'altro lato, la possibilità che il membro nazionale Eurojust possa essere chiamato per fornire informazioni sull'attività svolta alle Commissioni di Giustizia e dell'Interno del Congresso e del Senato.

Entrambe le modifiche, senza dar luogo a dubbi, hanno comportato un importante contributo da parte delle Camere.

La Spagna disporrà di tre rappresentanti negli organi di Eurojust: il membro nazionale, l'assistente del membro nazionale e il corrispondente nazionale sugli assunti di terrorismo (ferma restando la possibilità di nominare altri corrispondenti nazionali).

Sebbene la normativa europea permetta che per lo svolgimento di questi incarichi possano essere nominati membri delle forze e corpi di sicurezza, il nostro progetto di Legge, considerando le caratteristiche del nostro ordinamento giuridico e l'operatività degli adempimenti che si spera possano eseguire i rappresentanti spagnoli in detto organismo, si è mostrato incline affinché coloro che possano occupare detti incarichi siano solamente membri appartenenti all'ufficio del Pubblico Ministero e della magistratura.

Il membro nazionale Eurojust ha come principale funzione quella

di dinamizzare la cooperazione giuridica internazionale: disporrà della facoltà di ricevere e trasmettere le richieste di assistenza giudiziaria, avrà poteri di adempimento complementare a partire dalla risposta ottenuta dalle autorità giudiziarie straniere, sempre sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o dei Pubblici Ministeri che abbia inviato la richiesta di assistenza.

Particolarmente importante per il membro nazionale Eurojust è l'autorizzazione all'accesso alle diverse fonti di informazione: accesso al Sistema di Informazione di Schengen e all'informazione risultante dalle indagini portate a termine dall'Organismo Europeo di Lotta contro la Frode (OLAF), senza pregiudizio delle altre autorità spagnole già designate. Inoltre, si equipara il membro nazionale spagnolo di Eurojust ai giudici e ai Pubblici Ministeri spagnoli, per quanto riguarda il regime di accesso ai dati di carattere personale che risulta applicabile a questi ultimi.

Il progetto di Legge stabilisce un dovere generale di collaborazione delle autorità spagnole con Eurojust, che si estende non solo agli organi del potere giudiziario e al Pubblico Ministero, ma al resto delle autorità ed entità pubbliche, nell'ambito del rispetto delle proprie rispettive competenze.

Attraverso la Procura Generale dello Stato, si indirizzano tutte le petizioni che possano produrre effetti sul processo penale, spettando a questo stimare la pertinenza nella soddisfazione della richiesta, dando, in tal caso, le opportune istruzioni ai membri della Procura.

Da ultimo, si creano in questo progetto di Legge sei posti di Magistrati di collegamento: quattro negli Stati membri dell'Unione Europea (la cui esistenza è stata già contemplata nell'articolo 65 della Legge 66/1997 sulle misure fiscali, amministrative e di ordine sociale) e due addizionali negli Stati che non siano membri dell'Unione.

In definitiva, una legge che pone il nostro ordinamento giuridico in sintonia con il diritto europeo.

Una riforma che migliorerà in forma significativa di giorno in giorno la lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo, permettendo che la Spagna possa continuare, essendo uno degli Stati dell'Unione più compromessi e in prima linea, la costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Eurojust ha dimostrato di essere una potentissima arma nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale e, con questa Legge, noi siamo in testa, in Europa, nel sostegno al lavoro e nel compito svolto per questo organismo europeo.

GIOVANNI FLORA

PROFILI PENALI DEL TERRORISMO INTERNAZIONALE:
TRA DELIRIO DI ONNIPOTENZA E SINDROME
DI AUTOCASTRAZIONE

SOMMARIO

1. *Le alternative di fondo.* 2. *La scelta del legislatore italiano per un diritto penale "adattato al nemico".* 3. *La fattispecie associativa alla prova della prassi: i "punti-chiave".* 4. *Gli "sconfinati confini" della "finalità di terrorismo anche internazionale".* 5. *La definizione dell'art. 270-sexies: un rimedio peggiore del male?* 6. *Alla ricerca di una soluzione.*

1. *Le alternative di fondo.* Di fronte al dilagare del fenomeno del terrorismo internazionale sorgono interrogativi ineludibili di politica legislativa¹ (se non di politica *tout court*) quale quello preliminare in ordine alla opportunità di:

a) utilizzare o meno il diritto penale, lo strumento penalistico, ai fini preventivi e repressivi di dette manifestazioni di matrice terroristica.

La risposta negativa a questo quesito, non certo meramente teorico vista l'entità e la problematicità del fenomeno, potrebbe avere una duplice, opposta e confliggente giustificazione:

aa) potrebbe essere un "no" determinato dalla consapevolezza della inutilità dello strumento penale *ex se* inidoneo;

ab) potrebbe essere un "no" determinato da orgoglio di identità, nella consapevolezza che un diritto penale dotato di effettiva ed efficace capacità di contrasto sarebbe un diritto penale sfigurato nei suoi connotati liberal-garantisti².

¹ Per un approfondito esame di queste problematiche, v. da ultimo, egregiamente, VIGANÒ, *Terrorismo, guerre, guerra e sistema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 648 (e part. 678 ss.), il quale, in veste di "penalista di professione", decide di inserirsi idealmente nel vivace dibattito su sicurezza e legalità originatosi sulle pagine del *Corriere della Sera* nell'estate del 2006 in seguito alla notizia degli attentati sventati dai servizi segreti inglesi; nonché DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 735 ss. (ora anche in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, 79 ss.); INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 895 ss. e PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, p. 666 ss. V. altresì, il volume di BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008.

² Una posizione che, *mutatis mutandis*, richiama alla memoria il celebre rifiuto di

aa) Il “no” per consapevolezza di “impotenza” consegnerebbe inevitabilmente la disciplina del terrorismo a quella contraddizione in termini chiamata “diritto di polizia”³. Il diritto penale vedrebbe così scritto in modo indelebile il suo clamoroso fallimento proprio di fronte alle forme più barbare di offesa a quei beni primari che dovrebbe tutelare: alza le mani, si arrende.

ab) Le stesse conseguenze avrebbe il “no” per orgoglio, simile all'autocastrazione.

b) Una volta stabilita, come sembra inevitabile, la necessità di fare ricorso al diritto penale⁴, l'interrogativo che immediatamente consegue è quale sia il tipo di “diritto penale” più confacente ovvero il livello di garanzia pretendibile dallo strumento penalistico in questo così delicato settore di tutela: del resto, il “diritto penale” è storia delle conquiste garantiste e delle regressioni autoritarie.

b.1) Un **diritto penale** per così dire “**del nemico**” (secondo le elaborazioni più care alle teorie di Jakobs), senza garanzie? Quasi che si possa distinguere un diritto penale del *civis communis*, un diritto penale “del nemico” e, per converso, un diritto penale “dell'amico” (settore nel quale peraltro il più o meno recente diritto penale italiano è maestro).

b.2) Se non proprio un diritto penale “del nemico”, un **diritto penale “dell'emergenza”** (e il terrorismo è il “prototipo” dell'emergenza), intriso di concetti emozionali, ispirato al “bisogno di sicurezza”

CARRARA (*“Perché non espongo questa classe”*) di trattare dei delitti politici nel suo *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, Lucca, 1874, § 3913 ss., p. 650 ss.

³ È la strada che è stata seguita dagli Stati Uniti, traumatizzati dagli attacchi dell'11 settembre 2001, con l'adozione del famigerato *Patriot Act* (e del successivo *Military Order Act*, istitutivo di commissioni militari *ad hoc*), ed in parte anche dal Regno Unito con l'omologo *Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001*: per un esame (ed una puntuale critica) del modello USA, cfr. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 739 ss.; PIEMONTESE, *Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 1032 ss.; autorevoli “strali” alla “democrazia debole degli Stati Uniti” sono giunti anche da STELLA, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 938 ss.

⁴ VIGANÒ, *Terrorismo*, cit., p. 679 ss.; DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., p. 126 ss., 142, 160 ss.; INSOLERA, *Terrorismo*, cit., p. 898 ss.; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 666 ss.; PIEMONTESE, *Ragioni della forza*, cit., 1041

della collettività (diritto penale in funzione di assicurazione dei consociati), affidato a fattispecie indeterminate, plasmabili a piacimento nella prassi applicativa, irrefrenabilmente protese all'anticipazione della soglia di punibilità?

2. *La scelta del legislatore italiano per un diritto penale "adattato al nemico"*. La risposta del legislatore italiano è, come sappiamo, quella del ricorso a fattispecie penali nelle quali campeggia il delitto di associazione con finalità di terrorismo e di eversione, la cui struttura, però, già a prima lettura disvela una tensione problematica con i (e potenzialmente devastante dei) principi costituzionali garantisti del nostro sistema penale.

In primo luogo, per il fatto che il ricorso alla fattispecie associativa costituisce "prototipo" di anticipazione della tutela: nella prassi il reato associativo è normalmente sottoposto al vaglio giudiziale assieme ai reati-fine; *a contrariis*, nella associazione mafiosa come in quella di matrice terroristica, la fattispecie associativa è usualmente contestata "*di per sé*" e brilla (si fa per dire) di luce propria nell'esperienza giudiziaria.

In secondo luogo, in ragione della problematica definizione di "terrorismo", viepiù accentuata dalla aggiunta specializzante della dimensione internazionale che connota la finalità terroristica che la anima. L'anticipazione della soglia della tutela ne risulta, dunque, esasperata, aiutata in tal senso dalla frequente lettura del "dolo specifico" come un mero atteggiamento interiore, "depurato" dalla necessaria dimensione offensiva rispetto all'evento che sta fuori dal fatto materiale tipico.

Con ogni consequenziale riflesso in ordine alla determinatezza della fattispecie, così gravemente minata: non un diritto penale del nemico, dunque, ma un diritto penale appositamente **"adattato" al nemico**, con l'ineludibile premessa di dover previamente individuare quale sia il "nemico", vale a dire operare una scelta di campo tra Stati "buoni" e Stati "canaglia", tra guerre "giuste" e guerre "ingiuste". Scelta per la quale il legislatore affida signorilmente il volano alla guida (spericolata o accorta) della prassi applicativa (con altrettanto ineludibili implicazioni dettate dalla assoluta discrezionalità che ispira le valutazioni del singolo magistrato). L'esperienza giurisprudenziale ne è spietata riprova, come dimostra, l'ultima recentissima pronuncia resa dalla Corte Suprema di Cassazione, Sezione Prima Penale, il 17 gennaio 2007,

n. 1072⁵ la quale ha completamente disatteso l'interpretazione dei giudici meneghini i quali avevano escluso la natura terroristica degli atti in ragione della loro destinazione contro obiettivi militari e non civili.

3. *La fattispecie associativa alla prova della prassi: i punti-chiave.* Due sono i punti chiave da analizzare con riguardo alla fattispecie associativa con finalità di terrorismo “anche internazionale” suggellata dal legislatore del 2001⁶, dopo lo sconcerto e l'orrore degli attentati dell'11 settembre 2001:

- a) i criteri per individuare la sussistenza di una associazione e la condotta associativo-partecipativa;
- b) la definizione di finalità di “terrorismo internazionale”.

Per quanto concerne i requisiti dell'associazione terroristica, vengono in considerazione anzitutto due distinte questioni:

⁵ La sentenza Cass., Sez. Prima Penale, 17 gennaio 2007, n. 1072, tratta dal sito www.neldiritto.it, ha sconfessato la nota sentenza resa dal G.U.P. presso il Tribunale di Milano, Dott.ssa C. Forleo, 24.01.2005 (pubblicata anche in www.magistraturademocratica.it), che aveva assolto gli imputati dalla imputazione di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo internazionale. Orientamento recepito ed avallato, a seguito dell'appello proposto dal pm. e dagli imputati, dalla stessa Corte di Assise di Appello, 28 novembre 2005, che assolveva l'imputato D.M. da tutti i reati ascrittigli e gli imputati B. e T. dal reato di ricettazione, i quali venivano invece condannati per il reato ex art. 416 c.p., così modificato il capo di imputazione sub 1), per avere fatto parte di una associazione finalizzata al compimento di delitti di falsificazione di documenti di identità e di aver procurato l'ingresso illegale in Stati europei ed extraeuropei, lasciando inalterate le altre statuizioni della sentenza.

⁶ La fattispecie associativa è contemplata dall'art. 270-bis c.p. aggiunto dall'art. 3, D.L. 15.12.1979, n. 625, convertito, con modificazioni, dalla L. 6.02.1980, n. 15 e, successivamente, sostituito dall'art. 1, co. 1, D.L. 18.10. 2001, n. 374, a sua volta convertito, con modificazioni, dalla L. 15.12.2001, n. 438. Per un esame delle problematiche emergenti dalla riforma dell'art. 270-bis c.p. e dagli altri recenti interventi legislativi di settore, cfr. soprattutto ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in AA.VV., *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, a cura di Andrea Antonio Dalia, Milano, 2006, p. 447 ss.; VIGANÒ *Terrorismo islamico e art. 270 bis c.p.*, in relazione all'incontro di formazione su “*Terrorismo e legislazione penale*” organizzato dal CSM a Roma il 14 aprile 2005, disponibile sul sito www.csm.it; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in occasione dell'incontro di studio “*Ragionamento probatorio e valore delle massime di esperienza sulla criminalità organizzata e terroristica*”, Roma, 22-24 maggio 2006; PIEMONTESE, *Ragioni della forza*, cit.; ROSI, *La guerra, la guerriglia e il terrorismo: tutte le ambiguità di una norma oscura*, in *Dir. Giust.*, 2005, p. 84 ss.; DE FALCO, *Eversione o terrorismo, questo è il problema. Quanto pesa l'eredità degli anni di piombo*, in *Dir. Giust.*, 2005, p. 88 ss.; CUPELLI, *Il nuovo art. 270-bis c.p. Emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 897 ss.

- la prima, inerente il numero dei soggetti necessari a formare una struttura associativa;
- la seconda, involgente la necessità o meno del requisito organizzativo e dell'idoneità allo scopo preso di mira dalla peculiare *societas sceleris*.

Entrambe le questioni presentano aspetti assolutamente peculiari e sorprendenti: ai fini della sussistenza di una fattispecie associativa, è risaputo, tre è il numero "classico", minimo ed indispensabile, dei componenti il sodalizio criminoso. Eppure, in relazione alla fattispecie di associazione terroristica ex art. 270 bis c.p. (il cui tenore testuale – com'è noto – "tace" sul numero dei sodali) il giudice dell'udienza preliminare di Brescia, Milesi, incidentalmente rileva che "*nel silenzio della norma, si è da tempo ritenuto che il delitto in parola possa essere integrato dalla partecipazione di soli due soggetti*"⁷ e richiama a suffragio una isolata e sparuta pronuncia della Suprema Corte di Cassazione⁸, ancorché in palese contrasto con i dettami della Decisione quadro del Consiglio U.E. sulla lotta contro il terrorismo del 13 giugno 2002⁹. E ciò sebbene sia pacifico che la citata Decisione quadro, secondo consolidati orientamenti, costituisca un vincolo per l'interprete, a meno che non sia in contrasto con principi fondamentali.

Allo stesso modo, la giurisprudenza di merito e di legittimità hanno da sempre fermamente ribadito la necessità dell'elemento organizzativo ai fini della integrazione della fattispecie associativa, imprescin-

⁷ Il richiamo è alla sentenza pronunciata ex art. 442 c.p.p. dal G.U.P. del Tribunale ordinario di Brescia, Dott. Silvia Milesi, n. 757 in data 13 luglio 2005, (dep. 11.10.2005).

⁸ Cass. penale, sez. I, 06-06-1985 (17-04-1985), n. Imp. Cappellutti: "*non occorre che l'associazione abbia delle dimensioni particolari, essendo sufficiente, anche nel silenzio della legge, il concorso di due sole persone*".

⁹ La Decisione-quadro è pubblicata in G.U.C.E. n. L. 164 del 22/06/2002, pag. 0003 – 0007 (2002/475/GAI); nonché www.studiperlapace.it, v. in particolare art. 2, co. 1 in base al quale: "*1. Ai fini della presente decisione quadro, per "organizzazione terroristica" s'intende l'associazione strutturata **di più di due persone**, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici. Il termine "associazione strutturata" designa un'associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata.*". Sul punto cfr. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2004, p. 1145 ss.; REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in Ind. Pen., 2004, p. 1200 ss.

dibile connotato della struttura criminosa. Non così con riguardo all'associazione terroristica, ove il requisito organizzativo viene preso a modello dello schema associativo come per trasfigurarlo in un modello organizzativo statico (se non soggettivo). I modelli di ascrizione della condotta associativo-partecipativa elaborati in sede giurisprudenziale sono – come ben si sa – innumerevoli: modello soggettivo, modello causale, modello organizzativo statico, modello organizzativo dinamico, *etc.*: nel caso di specie, il modello di riferimento significativamente fatto proprio dalle sentenze di merito è quello “fattuale”, socio-criminale, simile a quello cui si ispira la giurisprudenza a proposito delle associazioni di stampo mafioso. Sicché si prescinde anche dall'esistenza di rapporti gerarchici o subordinati: non sono necessari. Basta la mera “catena di disponibilità”, il vincolo solidaristico di fratellanza musulmana. “*Nella valutazione del “fatto organizzativo” non si può prescindere dalla peculiarità del fenomeno (nel senso del fatto e dell'attività, nonché della soglia di punibilità) di quello che può definirsi il” terrorismo religioso a matrice islamica di natura internazionale*” (..), osserva in proposito il Tribunale del Riesame di Firenze in un noto provvedimento adottato in relazione alla fattispecie associativa di cui si tratta. Il quale prosegue: “*ecco che l'aspetto organizzativo non può richiedersi, semplicemente perché non necessita, nel grado di complessità che viceversa è riscontrabile, nella vita di altri fenomeni associativi che costellano i c.d. “sistemi criminali”; “e certo è opera sterile il ricercare a forza gerarchie, figure di capi, in quanto la stessa ideologia e pratica della “fratellanza mussulmana” impedisce, a volte, di trovarne*”¹⁰. Orientamento avallato dalla stessa Suprema Corte¹¹, la quale, rispondendo alle argomentazioni difensive che lamentavano l'erronea applicazione dell'art. 270 bis c.p., ha asserito che il Collegio fiorentino si era ben guardato dall'affermare la “non necessità” dell'elemento organizzativo, ma aveva “solo” statuito che detto requisito era comunque ricavabile “nel grado di complessità”, ravvisabile nelle “peculiarità” del sistema della c.d. fratellanza musulmana. Argomentazione che disvela in maniera evidente la “vaghezza” dell'elemento organizzativo *ex se* considerato, tale da poter essere ritenuto sussistente al cospetto di qualsivoglia temuta fattispecie organizzativa a matrice terroristica internazionale in quanto ri-

¹⁰ Si tratta del provvedimento *de libertate* adottato dal Tribunale del Riesame di Firenze, 26.05.2004, dep. 28.05.04, est. Monti.

¹¹ Cass., Sez. II, 21.12.2004, n. 669 in *www.consiglionazionaleforense.it*.

feribile a soggetti legati da detto specifico e peculiare vincolo solidaristico.

I predetti rilievi si riflettono a loro volta sul giudizio afferente la **concreta pericolosità** e **adeguatezza allo scopo** della condotta: l'interprete si "accontenta" della "pericolosità" *in itinere* desunta dalla semplice connessione con altre "cellule" o "nuclei operativi", la "ramificazione delle cellule" *etc.*

Quanto alla **finalità** terroristica non è necessario che sia immediata ovvero che sia collegata in via diretta alla singola condotta partecipativa; è sufficiente che tale finalità ("*di terrorismo anche internazionale*") possa essere perseguita anche **in via mediata** dalla condotta e sia comunque anche solo astrattamente idonea a perseguire detto scopo come, esemplificativamente, l'attività di "addestramento", di "arruolamento" (assurta a fattispecie autonoma *ex art. 270 quater c.p.*¹²), quella di copertura, di finanziamento, *etc.*

Appare significativo in proposito il passo dell'ordinanza del Tribunale del Riesame di Firenze, 26 maggio 2004, *cit.* allorché richiama una serie di condotte da ritenersi in base al provvedimento come condotte "potenzialmente" ("*può integrare*") integratrici della fattispecie associativa: "*l'agire, come nel caso di specie, attorno ad una moschea, anche mimetizzandosi, nella concreta esistenza, rispetto alla generalità dei fedeli, lo svolgere segretamente, attività di proselitismo ed indottrinamento, attraverso il possesso e la riservata, ma ugualmente copiosa, diffusione di materiale di propaganda, il tenersi in costante collegamento con filoni di organizzazioni terroristiche di matrice islamica, in vari posti del mondo disseminate, il raccogliere fondi, ed infine il porre in essere tutte le altre attività tipiche della finalità del gruppo, può integrare gli estremi del delitto di cui al 270 bis*". Rilevano così condotte che, se viste a sé stanti, non sono finalizzate al terrorismo, ma lo sono o po-

¹² L'art. 270-quater c.p. – Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale – introdotto dall'art. 5, co. 1, D.L. 27 luglio 2005, n. 144, poi convertito, con mod., dalla L. 31 luglio 2005, n. 155, così stabilisce: "*Chiunque, al di fuori dei casi di cui all' articolo 270-bis, arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da sette a quindici anni*". In ordine alla fattispecie in questione e sulla nozione di "arruolamento", da tenere distinta dal concetto di "reclutamento" *ex L. 210 del 1995*, si veda il commento di VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1225 ss.

trebbero esserlo se viste in connessione con altre condotte omogenee. La giurisprudenza così finisce per “plasmare” a proprio piacimento la fattispecie associativa al fine di garantire la più ampia efficacia preventiva alla legislazione dell’“emergenza”.

4. *Gli “sconfinati confini” della “finalità di terrorismo anche internazionale”* Ma, dove più e con maggior evidenza risalta l’indeterminatezza della fattispecie penale e la sua “adattabilità” finanche alle personali visioni del singolo magistrato è nell’individuazione della finalità di terrorismo verso la quale la condotta si assume protesa.

Innanzitutto, si riscontrano divergenti orientamenti su che cosa debba intendersi per “attività terroristica” e, più precisamente, sul “materiale normativo” atto a coglierne l’essenza (soprattutto prima della entrata in vigore dell’art. 270-sexies c.p. – “*Condotte con finalità di terrorismo*”¹³, pur essa – come vedremo – insoddisfacente).

Prima dell’introduzione nel panorama normativo della fattispecie ex art. 270-sexies c.p., **tre** erano le principali **tesi di fondo**.

A. La tesi – famosa – del Giudice, Dott.ssa Clementina Forleo¹⁴, che effettua una distinzione determinante tra “guerriglia” e “terrorismo” in base alla quale configurano “*attività di tipo terroristico rilevanti e dunque perseguibili sul piano del diritto internazionale (...) quelle dirette a seminare terrore indiscriminato verso la popolazione civile in nome di un credo ideologico e/o religioso, ponendosi dunque come delitti contro l’umanità*”. Secondo il Giudice milanese è invero ravvisabile un esimente in favore delle attività violente di “guerriglia”, nell’ambito

¹³ In base all’art. 270-sexies c.p. (anch’esso introdotto dall’ art. 15, co. 1, D.L. 27 luglio 2005, n. 144 e convertito, con modificazioni, dalla L. 31.07.2005, n. 155), “*sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un’organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un’organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l’Italia*”. In sede parlamentare non si è inteso accedere all’emendamento 15.100a, presentato dai senatori Calvi e Brutti che recepiva integralmente la definizione della decisione quadro 2002/475/GAI. Essa adotta una definizione analitica delle condotte con finalità di terrorismo che assume valore assolutamente vincolante anche nell’ordinamento interno.

¹⁴ Sentenza resa dal G.U.P. presso il Tribunale di Milano, Dott.ssa C. Forleo, cit. (v. nota 5).

di contesti bellici pur se non inquadrati in atti posti in essere da parte di milizie istituzionali, non perseguibili sul piano del diritto internazionale sempre che non siano violate le norme di diritto penale internazionale umanitario. L'estensione della tutela penale anche ai fatti di "guerriglia" porterebbe secondo il Giudice Forleo ad una *"ingiustificata presa di posizione per una delle due forze in campo, essendo peraltro notorio che nel conflitto bellico in questione, come in tutti i conflitti dell'era contemporanea, strumenti di altissima potenzialità offensiva sono stati innescati da tutte le forze in campo"*. La decisione in parola richiama quale "fonte" privilegiata il tenore dell'art. 18, co. 2 della Convenzione Globale O.N.U. (*Global terrorism act*), progettata nel 1999, ma non approvata, né sottoscritta.

B. La seconda tesi (diametralmente opposta a quella appena riportata) è sostenuta dal Giudice per le Indagini Preliminari di Brescia, Dott. Roberto Spanò che, nell'ordinanza 31.01.2005¹⁵ prende le mosse dall'art. 12, co. 1 delle disposizioni sulla legge in generale per elevare a *"principale criterio ermeneutico la "intenzione del legislatore"*, ricavata da scelte politiche di fondo. E il Giudice, in base a detta impostazione, deve farsene interprete come espressione del modo di sentire di una determinata comunità, in un certo momento storico ed in un certo luogo: *"le leggi in questo senso sono espressione del comune modo di sentire di una collettività radicata in un determinato contesto storico e geografico"* (ord. Spanò). E, proprio alla luce della *communis opinio*, le azioni violente dei "kamikaze" attuate da portatori di ideologie estremistiche islamiche nei confronti di unità militari impiegate in Asia non solo non possono essere annoverate fra le azioni di "guerriglia", ma debbono invece essere inquadrati in veri e propri atti terroristici. Invero, ad avviso del Giudice bresciano è impossibile tracciare una linea "spartiacque" fra guerriglia e terrorismo. Il reato di associazione transnazionale è fattispecie a pericolo presunto: cosicché non si può certo attendere l'esito nefasto delle violenze per procedere alla corretta qualificazione giuridica; tanto più che non può essere stabilito *ex ante* se l'organizzazione *"si proporrà di agire in modo chirurgico e "umanitario", rispetto a specifici obiettivi militari, e non invece con modalità cruento e disumane nei confronti di comunità inermi e di una gamma eterogenea di obiettivi non preventivabili"* (ord. Spanò, cit.).

¹⁵ Ordinanza cautelare emessa dal G.I.P. presso il Tribunale di Brescia, Dott. Spanò, il 31.01.05, pubblicata su *Corr. Mer.*, 2005, p. 4 ss.

C. La terza tesi (diffusamente sostenuta nella maggior parte delle pronunce giurisprudenziali – sentenza Giudice per le Indagini Preliminari di Brescia, Dott. S. Milesi, 13.07.2005, *cit.*; ordinanza Giudice per le Indagini Preliminari di Milano, Dott. Salvini, 17.05.2005, dep. 19.05.2005¹⁶; ordinanza resa dal Tribunale del Riesame di Firenze, *cit.*) prende infine abbrivio dal contesto normativo internazionale e, in primo luogo, comunitario per individuare il nucleo della condotta inquadrabile entro i confini della fattispecie associativa ex art. 270 bis c.p.:

α) Decisione quadro del Consiglio U.E.¹⁷ sulla lotta contro il terrorismo del 13 giugno 2002¹⁸, che delinea i “tratti comuni” delle fattispecie da qualificare quali atti di terrorismo¹⁹ e sanzionare come tali in maniera adeguata indicando una serie di condotte già di per sé costituenti reato ma, sovente, punite alla stregua di reati comuni²⁰ e fornisce nel contempo la definizione di “organizzazione terroristica” (art. 2).

¹⁶ L'ordinanza emessa dal G.I.P. di Milano, Dott. Salvini, è pubblicata su *Guida Dir.*, n. 30 del 30.07.2005, p. 78 ss., commentata da Santoro, p. 89 ss.

¹⁷ Le decisioni quadro non hanno – com'è ben noto – efficacia vincolante diretta, ma impegnano gli “Stati membri” solo sotto il profilo dei risultati da ottenere. Pur tuttavia esse sono ritenute ormai vincolanti in sede di interpretazione da parte del Giudice nazionale, com'è stato sancito dalla ormai ben conosciuta sentenza CGCE, 16.06.2005, in causa C-105/03, Pupino, in *Guida Dir.*, 2005, n. 26, p. 57 ss. (sul punto, v., da ultimo, MANES, *L'incidenza delle “decisioni quadro” sull'interpretazione in materia penale*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1150 ss.). E quella in esame offre per vero la definizione di reati terroristici, di reati ad essi connessi e di organizzazione terroristica.

¹⁸ V. nota 9.

¹⁹ V. Sentenza G.U.P. Dott. Milesi, *cit.*, p. 29 e ss. che, ancorché verosimilmente all'oscuro della sentenza Pupino ora citata, sottolinea la validità della decisione quadro come riferimento interpretativo dell'art. 270 bis, anche in ragione della contestualità della suddetta e del d.l. 18.10.2001, n. 374.

²⁰ V. Art. 1, co. 1 (“Reati terroristici e diritti e principi giuridici fondamentali”) in base al quale ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano considerati reati terroristici “*gli atti intenzionali di cui alle lettere da a) a i) definiti reati in base al diritto nazionale che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi 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: a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso;*
- b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona;*
- c) sequestro di persona e cattura di ostaggi;*

β) Convenzione ONU sul finanziamento del terrorismo internazionale sottoscritta a New York nel 1999 e ratificata dall'Italia il 27 marzo 2003 (L. n. 7 del 14 gennaio 2003)²¹ che, all'art. 2, contiene la definizione di "atto terroristico", la quale, a differenza della decisione quadro, a seguito della ratifica *"non svolge una mera funzione ermeneutica, ma opera dunque nel diritto interno"*. In base alla suddetta norma: *"Commette un reato ai sensi della presente Convenzione chiunque con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, illegalmente e intenzionalmente, fornisce o raccoglie fondi con l'intento di utilizzarli o sapendo che sono destinati ad essere utilizzati, integralmente o parzialmente, al fine di compiere:*

(a) *un atto che costituisce reato ai sensi di e come definito in uno dei trattati elencati nell'allegato; ovvero*

(b) *qualsiasi altro atto diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non ha parte attiva in situazioni di conflitto armato, quando la finalità di tale atto, per la sua natura o contesto, è di intimidire un popolazione, o obbligare un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o a astenersi dal compiere qualcosa"*.

γ) Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili;

δ) Convenzione di Montreal del 23 dicembre 1971 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile;

ε) Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 per la repressione degli atti di navigazione marittima;

d) *distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli;*

e) *sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci;*

f) *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;*

g) *diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane;*

h) *manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane;*

i) *minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h).*

²¹ Cfr. VALSECCHI, *Il problema*, cit., p. 1138 ss., 1146 ss.

ξ) Convenzione Europea per la repressione del terrorismo adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1977²².

Alla luce delle sopraelencate fonti internazionali e comunitarie, nel novero dei reati diretti a cagionare la morte o lesioni gravi, si individuano dunque quali atti riconducibili alla finalità terroristica quelli che pongono quale vittima designata un civile o un militare non attualmente impegnato nel combattimento, anche in una situazione di conflitto armato, quando l'atto è mosso dalla finalità di intimorire la popolazione oppure coartare governi o istituzioni a fare od omettere un determinato atto.

C.1. All'interno di tale filone giurisprudenziale, si pone quella tesi che, nel perseguire il principio inderogabile di tassatività della norma penale, affida la ricerca del contenuto di "sufficiente determinazione legale" relativo alla nuova fattispecie di "terrorismo internazionale" (oltre che al panorama internazionale-comunitario) alla lettura ed analisi costituzionalmente orientata della fattispecie: il riferimento è alla citata ordinanza del Tribunale del Riesame di Firenze. Cosicché se è certo che l'Italia *"ripudia la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali"*; ripudia la violenza *"come mezzo di risoluzione dei conflitti, o come mezzo o strumento di azione politica e religiosa, fondandosi sul principio di tolleranza e del rispetto delle persone"*, è pur vero che essa afferma il *"diritto di resistere, anche con la violenza nei confronti di chiunque vuole sopprimere questi principi"* e sancisce un principio non negoziabile²³. Sulla scorta della lettura costituzionalmente orientata, la nozione di "atto di terrorismo internazionale" viene così a coincidere con la *"violenza, giuridica e storica, che mira ad intaccare questi fondamentali principi costituzionali che si esplicita in atti che intendono istaurare il "sistema del terrore", contro chiunque, persone, Stati (intesi come Stati -comunità prioritariamente, organizzazioni internazionali etc.)"*²⁴.

²² Le convenzioni sopra indicate sono richiamate nell'ordinanza *de libertate* del Tribunale del riesame di Firenze, cit., unitamente alla bozza di Statuto della Corte Penale Internazionale, cui fa richiamo il GIP nell'ordinanza impositiva della misura cautelare.

²³ V. ordinanza Trib. del Riesame di Firenze, cit.

²⁴ In termini, fra le più recenti decisioni è quella resa da Cass., Sez. I, Penale, ric. Buoyahia ed altri, n. 1072 R.G. n. 19646/06 ud. 11.10.2006, dep. 17.01.2007, secondo la quale *"la finalità di terrorismo sussiste anche in caso di atti di violenza diretti contro obiettivi militari che – per la loro natura, per il contesto e le specifiche condizio-*

5. *La definizione dell'art.270-sexies: un rimedio peggiore del male?*
A questo punto occorre però domandarsi come si inserisce in questo contesto normativo la definizione suggellata dall'art. 270-sexies c.p. ("Condotte con finalità di terrorismo")²⁵. In proposito, appare innanzi tutto pienamente condivisibile quanto osservato dalla dottrina propensa ad assegnare alla norma in esame il ruolo di "scolpire" il contenuto del dolo specifico delle fattispecie previste dagli artt. 270-quater e 270-quinquies c.p. (introdotte proprio dal d.l. 144/2005), ma verosimilmente anche della fattispecie associativa dell'art. 270-bis c.p., sebbene difetti nella *formula legis* una clausola chiarificatrice circa la portata estensiva oltre i confini del dettato legislativo (appunto il d.l. 144/2005) in cui si colloca. E certo i problemi non si fermano qui.

Si pensi anzitutto alla valenza del richiamo a detta norma quale coloritura della componente psicologica del dolo specifico con un quesito di fondo: la suddetta finalità è riscontrabile solo laddove ci si trovi in presenza di una condotta idonea a conseguire l'obiettivo preso di mira (ad es.: quello di procurare "grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale") o è sufficiente che ci si trovi in presenza della condotta, soggettivamente ispirata da quel fine (espressiva, insomma, di un mero "atteggiamento interiore"), senza che assuma alcuna rilevanza il fatto che le modalità risultino effettivamente idonee a raggiungere lo scopo preso di mira?

Si pensi, poi, alle implicazioni che conseguono dal riferimento ad una nozione assolutamente imprecisa e generica qual è quella di "grave danno" per "un Paese" o "un'organizzazione internazionale" che si assume "potenziale" conseguenza delle condotte, vuoi per la loro natura, vuoi per il contesto.

Si pensi ancora alla **norma di chiusura** che assegna la finalità di terrorismo a tutte "*le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da Convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia*" con duplice rinvio, secondo il modello statico (norme Convenzionali già ratificate) e dinamico (norme di futura creazione).

Non senza evidenziare l'avvenuta elisione di ogni limitazione spaziale che consentirebbe all'Italia di elevarsi a tutrice dell'ordine politico-istituzionale mondiale, stante la possibilità, data dal tenore let-

ni in cui sono compiuti – siano idonei a provocare gravi danni alla popolazione civile e ad ingenerare un diffuso stato di intimidazione".

²⁵ V. nota 13.

terale della legge, di perseguire condotte associative anche straniere che si propongano l'obiettivo di sovvertire il sistema costituzionale del loro paese. E chi mai potrà eliminare il sospetto che la decisione del giudice non risenta di una scelta, tutta ideologico-politica, che distingue a seconda che l'agente voglia "sovvertire" violentemente assetti politico-istituzionali politicamente "simpatici" o, al contrario, invisi?

Ovvio che la chiave di lettura non possa che essere quella che risulti in sintonia con i principi della Carta costituzionale da un lato e con le norme di Diritto Internazionale dall'altro, assegnando così all'art. 270-*sexies* c.p. anzitutto un ruolo chiarificatore alla componente psicologica costituita dal triplice dolo specifico alternativo che la connota, esigendo dunque che, quanto meno la condotta sia teleologicamente connessa, se non anche effettivamente idonea, al raggiungimento dello scopo²⁶.

6. *Alla ricerca di una soluzione.* Per concludere. Nelle interpretazioni dei provvedimenti esaminati, la fattispecie associativa terroristica internazionale assume dunque connotati che certo appaiono poco in linea con i canoni del diritto penale costituzionalmente orientato. I giuristi della mia generazione, che si sono abbeverati alla fonte del diritto penale costituzionale, rimangono perplessi, come disorientati.

È, poi, indubbio e "doloroso" ammettere che l'anticipazione della soglia della punibilità sia caratteristica "ontologica" delle fattispecie associative: e non tanto perché si tratta di reato a pericolo presunto *de*

²⁶ Sottolinea i numerosi profili problematici che derivano dalla introduzione dell'art. 270-*sexies* c.p., SALVINI, *L'associazione*, cit., p. 10: si allude ad esempio al requisito generico ed "impreciso" del "grave danno" "*che rischia di escludere azioni da cui non possa conseguire un grave danno "strutturale" ad uno Stato, soprattutto in un contesto di guerra "asimmetrica" come è il fenomeno terrorista, ma da cui consegue comunque un impatto mediatico, di spavento per la popolazione e di pubblicità anche tramite comunicati di accompagnamento provenienti dall'area che li ha commessi tali da rendere comunque grave il fatto stesso che essi siano avvenuti*". O, ancora, ai problemi che discendono dalla finalità di "*destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese*", tale da attrarre entro la propria area di estensione anche le condotte destabilizzatrici rivolte anche contro uno Stato estero quand'anche "*totalitario*" e "*scarsamente rispettoso dei diritti umani o comunque lontano dagli standards basilari della democrazia europea*", causato dal richiamo di un "segmento" dell'art. 1 della Decisione quadro dimenticando che "*l'ultimo alinea dell'articolo precisava che la stessa Decisione Quadro non avrebbe mai potuto pregiudicare l'obbligo, nella sua applicazione, di rispettare i "diritti e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea"*".

*iure*²⁷, concepito come reato-ostacolo. Nella prassi giurisprudenziale, è ben difficile che il fatto associativo venga giudicato da solo, senza essere accompagnato dalla teoria dei reati-fine oggetto del programma criminoso: l'associazione di stampo mafioso (la cui struttura peraltro prescinde dal fine delittuoso) e l'associazione terroristica (che mutua proprio il suo disvalore dai reati fine), invece, vengono sovente contestati anche da soli, in ossequio alle primarie esigenze di tutela dalle quali muovono. D'altra parte, se si pretendesse la concreta pericolosità (se non anche la effettiva realizzazione dei reati-fine) si finirebbe per rinunciare – di fatto – ad una tutela che abbia un minimo di efficacia e di razionalità. La sensazione è che di fronte a fenomeni criminali che assumono le sembianza di masse tumorali, il “bisturi” del diritto penale ben difficilmente possa limitarsi a recidere i contorni del “male”: per scongiurare la recidiva i protocolli consentono (quando non impongono) di asportare anche le cellule vicine a quelle aggredite dalla malattia.

L'emergenza allora pone davvero sull'altare sacrificale i principi costituzionali? Quale diviene il ruolo del diritto penale?

A mio parere è certo vero che il diritto penale, qui più che mai, non è che una (e nemmeno la più efficace) delle armi idonee a debellare un fenomeno che ha radici storiche, economico-sociali e politiche, verosimilmente inestirpabili (basti pensare alla situazione irachena dove coloro che sono accusati di “terrorismo” ribaltano la stessa accusa proprio nei confronti degli “occupanti”).

Ma è anche vero che il diritto penale non può “tirarsi indietro” proprio di fronte alle aggressioni più devastanti a beni primari come la vita e l'incolumità di un numero indeterminato e potenzialmente illimitato di esseri umani.

Ed è altrettanto vero che un diritto penale efficace, in un settore di tutela come questo, non può che ricorrere a fattispecie preventive; per garantire il tasso di determinatezza e di “offensività” delle quali, occorre operare in una duplice direzione.

a) Riformulare una definizione di terrorismo internazionale incentrata sul sovvertimento violento di assetti politico-istituzionali mediante condotte che, secondo regole di esperienza, si inseriscano finalisticamente e con contributo causale frazionato alla realizzazione di atti

²⁷ V. Ordinanza G.I.P. presso il Tribunale di Brescia, Dott. Spanò, cit.; Cass., sez. I, 20-06-2000 (C.C. 11-05-2000), n. 3486 Imp. PG in proc. Paiano ed altri.

idonei (ancorché non intenzionalmente diretti) a mettere in pericolo la vita e l'incolumità di un numero indeterminato di esseri umani non belligeranti (non appartenenti cioè a milizie “di diritto” o “di fatto” integrate in operazioni militari su fronti contrapposti).

b) Rinunciare all'evanescente fattispecie di associazione e sostituirla con ipotesi criminose concernenti condotte che, sempre in base a regole di esperienza, realizzano le premesse idonee a favorire il buon esito dell'attacco terroristico vero e proprio.

Nel frattempo, nel “deserto dei Tartari” di una soluzione politica che non arriva mai, vergogna dei “grandi della Terra”, la gente innocente continua a morire.

PIERGIORGIO MOROSINI

GIUDICI E TERRORISMO

SOMMARIO

1. *Il diritto penale del nemico e l'ethos della società minacciata.* 2. *La politica criminale italiana e il "delinquente per principio".* 3. *Giudici e sottosistema penale d'eccezione: le nuove sfide.* 4. *Reato associativo e nuovi pericoli di giustizia sommaria.* 5. *Guerra e giustizia penale.* 6. *Conclusioni.*

1. Il diritto penale del nemico e l'ethos della società minacciata

Inter arma silent leges: detenzioni senza processo, stravolgimenti delle procedure legali, uso della tortura o del suo affine, ossia il c.d. "interrogatorio costrittivo" in forme inumane e degradanti¹. L'inevitabile "spirale della paura", generata dai fatti di *Ground zero*, ha determinato pericolosi segnali di cedimento dello stato di diritto negli stessi ordinamenti che vogliono essere modello di democrazia nel resto del mondo. Il "Military Order" statunitense del 2001 tratta alla stregua di "non persone" i sospettati di far parte di *Al Qaeda*. Nella base di Guantanamo, la logica "bellica", a cui si ispira la figura del "combatente nemico", soppianta le garanzie penali. La "necessità" assurge a fonte primaria del diritto e la sospensione dei diritti fondamentali passa per un mutamento del riparto di poteri tra politica, legislazione e giurisdizione. Uno degli obiettivi "culturali" della *jihad* islamica sembra pericolosamente materializzarsi: la democrazia, valore supremo dell'occidente, è sul punto di rinnegare se stessa.

Al di là delle soluzioni estreme adottate in momenti eccezionali (che, però, ingiustificatamente permangono), la minaccia del terrorismo su larga scala impone l'apertura a nuovi modi di pensare le relazioni tra autorità e individuo, proponendo divaricazioni rispetto al modello legalità tramandato dalla tradizione liberale². Le elaborazioni

¹ In chiave giornalistica, per una ricostruzione dettagliata della vita nel campo di prigionia di Guantanamo cfr. C. BONINI, *Guantanamo. Usa, viaggio nella prigione del terrore*, Torino, 2004, 1-236.

² Sulle implicazioni per la democrazia delle varie opzioni politico-criminali per il terrorismo di matrice *jihadista* v. M. WALZER, *La libertà e i suoi nemici*, Roma-Bari,

si caratterizzano per mutevoli sensibilità, diverse ideologie e, talvolta, esigenze di rispondere (anche simbolicamente) a contingenti domande di giustizia. Sovente sono ancorate a sondaggi d'opinione che registrano la disponibilità delle persone a rinunciare alle libertà civili al primo segnale di pericolo, in nome dell'unità e del profondo bisogno di sicurezza. Un sentimento sfruttato dai governi, pronti talvolta ad alimentarlo ad arte, per giustificare un maggiore controllo sui cittadini³; anche con limitazioni dei diritti in casi che con il terrorismo non hanno niente a che fare.

Il punto resta "se" e "quale" limite deve imporsi lo stato di diritto nell'azione di contrasto al terrorismo, essendo in gioco consistenti porzioni di libertà. Pare ovvio che, se ci devono essere dei limiti, essi allora riflettano l'*ethos* della società minacciata. Su questa premessa, il giurista tedesco Jakobs torna alle radici delle politiche criminali del mondo occidentale, riscoprendo le teorie di *Hobbes* e di *Kant*⁴. Costoro avevano evidenziato come la persona, che costituisca una minaccia costante per la sicurezza pubblica o ponga in essere la condotta di alto tradimento, finisca per rompere il patto sociale alla base della convivenza civile, autoescludendosi dalla società diventandone nemico. Declinato sul piano politica criminale, sin dal XVIII secolo, si distingue chi contraddice la norma senza negarla radicalmente e chi, invece, tiene un comportamento illecito costantemente e ideologicamente antagonistico verso la base culturale, sociale e politica dello stato⁵. In passato era il bandito⁶, oggi, tra gli altri, il terrorista di matrice *jihadista*.

2003, p. 7 ss; A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, Roma, 2002, p. 204 ss; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 12 ss.

³ Sulle responsabilità dei politici negli U.s.a. e in Europa per l'ondata di panico che influenza le politiche pubbliche, v. L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, 2000, p. 11 ss., A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., 182; S. RODOTÀ, *Privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, p. 93 ss.

⁴ La riproposizione di certe teorie filosofiche su cui fondare le linee di una politica criminale attuale si ritrovano nelle elaborazioni del giurista tedesco in G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in Jakobs/Cancio Melià, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 26 ss. Sul tema anche G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, testo dattiloscritto dell'intervento al convegno tenutosi a Trento nei giorni 10-11 marzo 2006 sul tema "*Delitto politico e diritto penale del nemico*".

⁵ Vedi G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, testo dattiloscritto dell'intervento al convegno di Trento, cit.

⁶ Per una ricostruzione storico-giuridica del "delinquente nemico" v. L. LACCHÈ, *Alle origini della associazione per delinquere*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Macerata*, 1989, II, p. 611 ss.

Nello sdoppiamento della ottica penalistica, Jakobs concepisce un apposito piano di sicurezza della società dai “delinquenti per principio”, fondato su congegni normativi che “guardano al futuro”, per neutralizzare pericoli, e non al passato, per riaffermare la vigenza della regola violata. Su questa scia, si promuovono: l’anticipazione della criminalizzazione a condotte lontane dalla lesione o dalla messa in pericolo di un bene giuridico; l’imposizione di pene draconiane al di là dell’idea della proporzionalità; la riduzione, se non l’assoluta eliminazione, dei diritti dell’imputato, quali la presunzione di innocenza, l’*habeas corpus*, l’assistenza di un avvocato. Insomma, per quel modello di legalità penale, prevarrebbero gli aspetti della pericolosità, della prevenzione e dello “stigma” rispetto alla colpevolezza e alla retribuzione⁷, mettendosi in conto il sacrificio degli innocenti in nome della sicurezza. E data la sostanziale inconciliabilità con la giustizia penale di un paese democratico, la tentazione potrebbe essere di adottare versioni ridotte, meno palesi nella loro valenza illiberale ma non meno gravide di insidie, che affidano a organi di polizia la gestione di misure limitative dei diritti o che attraverso dinamiche improprie della giurisdizione finiscano, in concreto, per realizzare il modello sopra ricordato.

2. La politica criminale italiana e il “delinquente per principio”

Nei c.d. “anni di piombo”, la politica criminale italiana ha conosciuto la figura del “delinquente per principio”. Nell’esaminare alcune misure anti-eversione, la Corte Costituzionale (sent. n. 15 del 1982) ne ha fornito una definizione: “*componenti di organizzazioni caratterizzate non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto alla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall’alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali*”.

Pur movendo da quella constatazione, anche nei momenti più drammatici, la strategia complessiva di contrasto ai c.d. “contropoteri criminali” e l’uso della forza ai fini della difesa sociale sono state affidate, quasi esclusivamente, al diritto e alla giurisdizione penale. Il ri-

⁷ Per un netto rifiuto del modello proposto da Jakobs v. F. M. CONDE, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, testo dattiloscritto dell’intervento al convegno di Trento, cit.

fiuto dell'approccio criminal-belligerante è stato ribadito anche all'indomani dell'attentato alle "torri gemelle". Il che, almeno formalmente, significa: dovere di assolvere sia l'imputato *tout court* sia la persona *socialmente pericolosa* (es. *iman* che inneggia all'odio contro l'occidente, motivando aspiranti martiri), quando l'accusa non riesca a provarne la colpevolezza con le garanzie del diritto penale⁸.

Nei periodi di "emergenza" è stato richiamato il concetto di c.d. "garantismo integrale"⁹ secondo cui la protezione delle strutture democratiche costituisce presupposto indispensabile a garanzia delle stesse libertà individuali. È stato, quindi, accolto un approccio dialettico alla composizione degli interessi in conflitto¹⁰. Il legislatore ha forgiato appositi *mezzi* (processuali e sostanziali) per fronteggiare le emergenze criminali di turno, senza rinunciare, almeno sulla carta, ai principi fondamentali della giustizia penale. Ferrajoli parla, in proposito, della categoria del c.d. sottosistema penale d'eccezione¹¹, ripropostosi per la *jihad* con caratteri analoghi a quelli riscontrati negli "anni di piombo" nonostante l'evoluzione globale del terrore. Il "sottosistema" è imperniato sul reato associativo (art. 270 bis), che assolve varie funzioni: di tipo strettamente preventivo, rispetto ad atti preparatori di pericolosi attentati; di tipo politico-simbolico, in funzione di prevenzione generale, ossia tendente a sortire un effetto educativo e a placare l'allarme sociale causato da gravi delitti; e, appunto, di tipo sistemico, come cardine per discipline differenziate a livello processuale, sanzionatorio e penitenziario.

Va evidenziato che, in Italia, il varo di regole "particolari" è avvenuto sempre per volontà del parlamento o, quanto meno, senza alcuna delega in bianco all'esecutivo o a giurisdizioni speciali. A dimostrazione che non è stata la logica bellica a giustificare i sacrifici in termini di garanzie, ma l'esigenza di trovare nuovi punti di equilibrio tra sicurezza e libertà nella contingenza. Tant'è che i giudici delle leggi, per le opzioni più smaccatamente legate a logiche *emergenziali*, hanno pre-

⁸ Vedi G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1325 ss.

⁹ Vedi G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, 241; G. NEPPI MODONA, *Legislazione di emergenza e istituzioni parallele*, in *Riv. storia contemp.*, 1978, p. 106 ss.

¹⁰ Sulla ragionevolezza politico-criminale dei reati associativi a pericolo presunto nella giurisprudenza costituzionale v. G. FIANDACA, *Introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 148 ss.

¹¹ In *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1998, p. 844 ss.

visto un “preciso e indeclinabile dovere” del parlamento di abrogarle in caso di protrazione ingiustificata nel tempo¹².

Lo statuto differenziato valorizza una massima di esperienza. Per il crimine organizzato, anche di stampo politico, il processo penale non è un terreno neutro, immutabile e non condizionabile: è uno dei numerosi terreni sui quali si esplica 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 associati e per impedire defezioni.

Ciò non di meno, nell’ambito della cultura giuridica italiana, i sostenitori di una accezione ad impronta *individuale* delle garanzie hanno mosso duri rilievi critici al “*sottosistema penale d’eccezione*”¹³. Contestano tecnica legislativa e contenuti. Le normative mirate, “diversificate e aggiustabili *in progress*”, oltre a sancire l’abbandono dell’idea di una disciplina ispirata ad unitarietà e sistema chiuso di fonti, farebbero pendere la bilancia più verso il polo della difesa sociale in maniera impropria e pericolosa. Verrebbe in risalto una “filosofia di fondo” connotata dalla “rilevante alterazione” del diritto penale del *reato* in diritto penale del *reo*, peraltro favorita dal conio di reati associativi costruiti su concetti indeterminati che veicolano giudizi di valore, talvolta anche fortemente illiberali e, comunque, suscettibili di sfociare in prassi interpretative di mero allineamento ad orientamenti politici transitori e contingenti. Si segnala, poi, il pericolo di un passaggio dalla concezione del processo come strumento neutrale di accertamento della verità al “processo contro qualcuno”, *ad usum belli*, per via dei congegni differenziati operanti sul piano dei mezzi di ricerca e tutela delle fonti di prova, delle intercettazioni ambientali e telefoniche, delle misure cautelari, della circolazione extraprocessuale degli atti, nonché dell’assunzione della prova dichiarativa.

¹² Vedi Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 15, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2132 ss.

¹³ Per una mappa delle questioni v. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 848 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Roma, 1997, p. 34 ss., 237 ss.

3. Giudici e sottosistema penale d'eccezione: le nuove sfide

L'analisi del modello di legalità "antiterrorismo" propone, dunque, una riflessione di fondo sulla impostazione culturale e sul ruolo della giurisdizione nel circuito democratico in epoche di emergenza criminale. Si tratta di capire se l'adozione del sottosistema d'eccezione ponga le condizioni per una sorta di "funzionalizzazione bellicosa della macchina giudiziaria", soprattutto laddove il sistema politico deleghi quasi esclusivamente alla giurisdizione il compito di contrastare certi fenomeni¹⁴.

Certamente il "doppio binario" comporta dei costi impliciti in termini di cultura dell'intero sistema della giustizia penale. In effetti solo una prospettiva penal-belligerante spiegherebbe, nel vigente sistema costituzionale, certe forme di degenerazione del meccanismo processuale secondo cui "il prezzo delle confessioni e delle collaborazioni non si limiti alle sole riduzioni di pena previste dalla legge, ma può sfociare in favori impropri, come derubricazioni delle imputazioni, liberazioni anticipate tramite complicate operazioni di sconto, mancato esercizio dell'azione penale"¹⁵. E, d'altra parte, l'ottica giudiziaria del "processo al nemico" sembra propiziata da quelle opzioni politico-criminali fondate sul binomio "rigore sanzionatorio per gli irriducibili" e "premio per la collaborazione", adottate per la prima volta con il decreto legge n.625 del 1979. Scelte, queste, che perseguono l'obiettivo di sgretolamento dell'integrità del gruppo contrapposto allo Stato (il nemico) attraverso l'operato della magistratura, propiziando, di conseguenza, i "perversi connubi" tra custodia cautelare, tempi lunghi dell'istruttoria e collaborazione con l'accusa o la tentazione di applicare con minor rigore le categorie della inutilizzabilità o della nullità assoluta sugli elementi probatori disponibili (es. fonti di *intelligence*, dichiarazioni correi senza difensore)¹⁶.

Sul versante del contrasto al terrorismo (così come per la mafia), i giudici, spesso, sono costretti ad occuparsi non di fatti concreti o specifici, che si esauriscono con la realizzazione di un delitto, ma di aggrovigliate pagine di storia contro le istituzioni interne o internazionali e contro gli assetti economici e sociali. Grazie all'ampiezza della fattispecie associativa, germogliano inchieste a vasto raggio. La necessità di

¹⁴ Sul tema v. G. FIANDACA, *Il diritto penale del nemico*, cit.

¹⁵ Vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 862.

¹⁶ V. P. MOROSINI, *Jihad e giustizia penale*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 412 ss.

mantenere la coerenza del quadro di insieme, può portare il giudice ad appiattire le posizioni individuali su genesi, fini, trame dell'organizzazione criminale e sul contesto socio-politico. Il tutto, peraltro, si traduce in una risposta repressiva apprezzabile all'esterno come dimostrazione di una vittoria dello stato sull'intero gruppo "cumulativamente" sottoposto a giudizio, anche grazie alla "spettacolarizzazione" dell'evento-processo sui *mass-media*.

Ai menzionati "tratti permanenti" della giustizia penale impegnata sul versante delle "emergenze criminali", si aggiungono, poi, alcuni peculiari fattori di complicazione, legati alle recenti forme di manifestazione del terrorismo di matrice islamica. Vanno evidenziate le difficoltà di comprensione di un fenomeno che matura in realtà culturali assai lontane dalla nostra, come tale non assimilabile nelle sue modalità operative e nei suoi scopi alle già conosciute forme di terrorismo identitario, razzista o rivoluzionario¹⁷. La carenza di collaudate massime di esperienza, idonee a decodificare determinati comportamenti, non di rado si combina con condotte connesse ad iniziative violente in territori di guerra o di occupazione. E il tutto si coniuga, poi, con forme di aggressività della *jihad* islamica, suscettibili di sfociare anche in atti di violenza posti in essere dall'aspirante *shahid* (martire), il quale non necessariamente è collegato a strutture organizzate, limitandosi a recepire i messaggi lanciati nel sistema di comunicazione mondiale da aziende di promozione della "guerra santa"¹⁸.

Sono aspetti suscettibili di tradursi in laboriose forme di ricostruzione del fatto storico e di complessa sussunzione dello stesso nella fattispecie associativa (art 270 bis c.p.). La valutazione della illiceità dell'azione risente del peso di categorie non solo del diritto internazionale ma della stessa politica internazionale. E l'appartenenza alla "cellula terroristica" rischia di essere desunta da provenienze etnico-ambientali dell'imputato o dai suoi percorsi di vita, che tengono conto della professione del credo religioso, secondo chiavi di lettura suscettibili di alimentare lo "scontro di civiltà".

¹⁷ Vedi S. ROMANO, *Anatomia del terrore*, Milano, 2004; G. OLIMPO, *La rete del terrore*, Milano, 2002.

¹⁸ Tale aspetto è segnalato da Trib. Napoli 14 luglio 2004, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 42, p. 91.

4. *Reato associativo e nuovi pericoli di giustizia sommaria*

Raramente nelle indagini sulle cellule *jihadiste* stanziati in Italia è emersa la prova del possesso di armi. Nella maggior parte dei casi, i compendi probatori, posti a sostegno di misure cautelari per partecipazione alla associazione di cui all'art 270 bis, si sono fondati sulla disponibilità da parte degli indagati di documenti falsi o di somme di denaro (senza giustificazione apparente), sull'invio di limitati importi di denaro all'estero tramite agenzie specializzate, su frequenti spostamenti da uno stato all'altro. Comune denominatore tra i singoli (presunti) sodali sarebbe l'appartenenza all'area ideologica del fondamentalismo islamico, desumibile da intercettazioni, sequestri di libri, volantini, videocassette, documenti informatici, tutti variamente inneggianti all'uso della violenza o raffiguranti immagini di attentati.

Certo, l'attività di ricostruzione dei fatti sconta la frammentarietà delle notizie relative ai gruppi *jihadisti*, in ordine a moduli organizzativi, modalità di ingresso e permanenza nelle "cellule", nonché ai rapporti tra cellule della medesima associazione. Tuttavia alcune pronunce giurisprudenziali sembrano rinunciare alla nozione "forte" di associazione¹⁹; e tale approccio si riflette anche sull'accertamento della responsabilità a titolo di partecipazione dei singoli. Ciò si ricava dallo scarso sforzo argomentativo sul tipo di struttura di cui il sodalizio deve dotarsi per arrecare l'offesa alla "sicurezza pubblica mondiale", sui punti qualificanti del programma di violenza dell'ente e sulla reale consistenza dei specifici ruoli all'interno dell'organizzazione o dei materiali apporti di rafforzamento della cellula; atteggiamenti peraltro già riscontrati in passato²⁰.

Si assiste, insomma, ad una "controtendenza" rispetto a pronunce secondo cui per integrare il reato di cui all'art 270 bis c.p. "*non è sufficiente una generica adesione al programma eversivo, ma è necessario un concreto e attuale programma di violenza, l'idea eversiva trovando tutela proprio nello stesso ordinamento costituzionale che pur si mira a sovvertire*"²¹. E si corre il rischio di reprimere mere manifestazioni di

¹⁹ Sono pronunce inedite: v. Cass. 9 febbraio 2005, Benameur, Cass. 13 ottobre 2004, Laagoub; Trib. Milano, 12 dicembre 2003, Bouyahia; ord. Trib. Milano 29 aprile 2003, Daki.

²⁰ Sul versante dell'eversione interna v. Cass. 18 maggio 1993, Algranati; Cass. 2 giugno 1988, Manunta; Ass. Genova, 4 giugno 1982, Traversa.

²¹ v. Cass. 2001, 21 novembre 2001, Pellissero, in *Foro it.*, 2004, II, p. 29 ss.

volontà di realizzazione dei reati, espresse genericamente in *privato* da più persone che si riconoscono in una comune ideologia; se non addirittura di sanzionare forme ancora più blande di simpatia o umana solidarietà verso progetti eversivi elaborati da terzi con cui si condivide solo l'opinione di antagonismo ai valori occidentali.

Gli antidoti del diritto penale costituzionalmente orientato impongono una netta distinzione tra mera volontà di ledere beni giuridici e il passaggio all'*azione*. In questo senso, rimane valida la lezione impartita ai tempi del processo "7 aprile" relativo ai gruppi eversivi di "Potere operaio" e "Autonomia operaia"²². In tema di associazione sovversiva, l'allora giudice istruttore Palombarini spiegò che l'art 270 c.p. consentiva di "reprimere il metodo violento di lotta politica", senza che ciò comportasse il "divieto dell'idea di violenza", né che con l'istigazione venisse punita la propaganda. L'istigazione sarebbe diretta alla volontà; la propaganda all'intelletto dell'interlocutore al fine di ottenere l'adesione al pensiero esposto. Dunque, la legittimità costituzionale dell'art 270 c.p. si fonda sulla repressione delle sole associazioni "la cui organizzazione sia sintomatica della volontà degli associati di un uso effettivo della violenza."

Su questi binari ermeneutici sembra muoversi una recente pronuncia della Corte di Appello di Milano (17 febbraio 2006). Evidenziata la non equiparabilità tra fondamentalismo islamico (o integralismo religioso) e fenomeni di terrorismo *jihadista*, i giudici rilevano: "*un gruppo islamico genericamente 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 aggiungono: "*non bisogna confondere le strutture delle Moschee o dei Centri di studio islamici, finalizzate 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*

Nella recente giurisprudenza di merito v. Ass. Milano, 9 maggio 2005 in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, p. 821 ss. con nota di R. PALAVERA.

²² Per un resoconto sulle implicazioni di quei giudizi v. G. SCARPARI, *La vicenda del "7 aprile"*, in *Questione giustizia*, 1983, p. 599 ss.; P. PETTA, *I reati associativi e i giudici del "7 aprile"*, in *Critica del diritto*, 1981, 103 ss.; G. PALOMBARINI, *7 aprile: il processo e la storia*, Venezia, 1982.

criminale, che comprendevano fattivi appoggi al terrorismo internazionale”.

Da tali considerazioni, apprezzabili non fosse altro in quanto chiaramente funzionali a non alimentare “scontri di civiltà”, scaturisce una “nozione forte” di associazione²³. Materialità e offensività richiedono 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 autoconservazione (proselitismo, 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 alla esecuzione di reati fine oppure all'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale²⁴. Solo un simile approccio ermeneutico può paralizzare le potenzialità negative di una fattispecie che, essendo costruita su concetti di valore dal contenuto indeterminato, diffusi nella prassi politica corrente, favorisce manipolazioni in chiave di puro decisionismo giudiziario.

5. Guerra e giustizia penale

La prova della sussistenza dello specifico programma di violenza di cui all'art 270 bis c.p. è un capitolo delicato dell'attività del giudice penale. La recente esperienza giurisprudenziale ha evidenziato un intreccio di questioni che coinvolgono non solo le fonti normative strettamente penalistiche ma anche quelle internazionali. Il tema si è posto nei procedimenti penali, innanzi alla autorità giudiziaria milanese e bresciana, relativi al gruppo *Ansar al islam*. E riguarda la presenza in Italia di “cellule” preposte al reclutamento e all'addestramento di “*mujaeddin*” da impiegare in azioni suicida nel territorio dell'Irak, in epoca successiva all'inizio delle operazioni belliche del 2003.

Alcune pronunce, di merito e di legittimità, aggirano l'onere probatorio dello specifico programma, con discutibili automatismi. Il giudizio sulle finalità dei gruppi è affidato ad elenchi di formazioni terroristiche elaborati dai governi di singoli stati o da organismi internazio-

²³ In tale senso v. anche Ass. Milano, 9 maggio 2005, cit.

²⁴ Vedi SS. UU, 15 settembre 2005, Mannino, in *Foro it.* 2006, II, 90 ss., con nota FIANDACA-VISCONTI.

nali, per l'applicazione di misure di prevenzione. Nel caso di *Ansar al islam* alla c.d. "lista nera" elaborata dal Consiglio d'Europa²⁵.

Attenti osservatori segnalano la pericolosità di questo modo di procedere. La trasformazione "mascherata" dell'art 270 bis in una sorta di "norma penale in bianco" verrebbe a violare i principi di legalità e separazione dei poteri²⁶. E del resto, la "lista", se intesa come una sorta di "prova legale", risulterebbe di dubbia attendibilità sul piano storico-ricostruttivo. Conclusione, questa, che pare recepita dalla cassazione che, senza spingersi sino alla dichiarazione di inutilizzabilità della "fonte", ha affermato che la "lista" non prova la finalità di cui all'art 270 bis, costituendo semmai una base di indagine circa i fini perseguiti dall'associazione²⁷.

Va, dunque, effettuata una valutazione in concreto sulle finalità della "cellula". Preziosa, ancora una volta, la già menzionata pronuncia milanese della Corte di appello nella parte in cui rifiuta definizioni in termini generici o meramente letterali del concetto di terrorismo. Non può identificarsi, secondo i giudici, con ogni forma di violenza da parte di singoli o gruppi per motivazioni ideologiche, ponendo sullo stesso piano delitti commessi per odio razziale o per fanatismo religioso e attentati da parte di gruppi combattenti in contesti di conflitto armato. Vengono, invece, recepite le elaborazioni della dottrina penalistica e internazionalistica, confortate dal recente "pacchetto Pisanu" (legge n.155 del 2005). I concetti di "terrorismo" o "condotte con finalità di terrorismo" si ricavano dal nostro ordinamento e, in particolare dalle norme che, anche ratificando o dando esecuzione a risoluzione di organismi internazionali, hanno una fornito una definizione del fenomeno. Si tratta dell'art 270 sexies c.p., della convenzione internazionale per la "repressione del finanziamento al terrorismo" (Assemblea N.U. del 9.12.1999, esecutiva in Italia con la legge n.7 del 2003), della Decisione quadro del Consiglio dell'U.E. del 13 giugno 2002 sulla lotta al terrorismo.

I predetti riferimenti normativi distinguono tra atti terroristici in tempo di pace e in tempo di guerra. I diversi statuti si traggono anche dal diritto internazionale umanitario, ossia dalle quattro convenzioni di

²⁵ Vedi Trib. Brescia, 31 gennaio 2005, Hamraoui+1, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 6, p. 35 ss.

²⁶ Vedi INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico*, cit., p. 1327.

²⁷ cfr. Cass. 30 settembre 2005, Drissi, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 44, p. 78 ss.

Ginevra del 12 agosto 1949 e dai due protocolli aggiuntivi del 1977 (ratificati con leggi italiane n.1739 del 1951 e n.762 del 1985), laddove chiariscono cosa debba intendersi per “conflitto armato” o situazione ad esso equiparabile, quale l’occupazione di un paese straniero. Il pericolo che deriva alla popolazione civile dalla azione violenta assurge a parametro di valutazione della condotta. In tempo di pace il pericolo può essere anche solo indiretto. Le azioni (ad es. strage, omicidio, dirottamento) devono essere capaci di diffondere terrore nella popolazione e cagionare un grave danno a un paese o ad una organizzazione internazionale. Possono, quindi, essere dirette contro un obiettivo civile ovvero contro militari che non partecipano al conflitto armato. Mentre nelle situazioni di conflitto armato (ad es. in Iraq), solo gli atti esclusivamente diretti contro la popolazione civile o, comunque, a vittima indiscriminata possono essere definiti terroristici, fatta salva la possibilità di configurare comunque un crimine di guerra.

Senonché la distinzione tra “combattente legittimo” e “terrorista” è, in concreto, problematica, e sembra proporre temi di indagine che scontano una sproporzione di scala rispetto agli strumenti conoscitivi di cui dispone la magistratura. Sovente, sono in gioco valutazioni di politica internazionale sulla legittimità di certi interventi bellici su cui si scaricano le “precomprensioni” dell’interprete. Dubbia, ad esempio, appare la soluzione per azioni dirette a colpire militari inseriti in operazioni di *peace keeping*, che prevedono l’uso della forza a date condizioni. E, d’altronde, analoghe difficoltà di valutazione sono riscontrabili sui concetti di “forza occupante” e “termine delle operazioni belliche”. Ad esempio in Iraq, il periodo di occupazione militare per la “coalizione” si è formalmente concluso il 30 giugno 2004, con l’avvento del governo provvisorio iracheno di Ayad Allawi. Ebbene, tale dato esclude la qualifica di “forze occupanti” per gli eserciti della coalizione che, seppure su richiesta di detto governo iracheno, sono ancora presenti sul territorio per controllare la situazione, agendo anche con massicci bombardamenti, come nel marzo del 2006 a Falluja?

6. Conclusioni

In epoche di effettivo pericolo per la sopravvivenza democratica della società, sembra fuori dal tempo l’irrigidimento su difese ad oltranza del garantismo. La legislazione di emergenza si atteggia a “costo necessario”, ma ciò non giustifica la sottovalutazione delle sue po-

tenzialità illiberali. Il componimento della inevitabile conflittualità di valori contrapposti, quali la libertà e la sicurezza, passa anche per l'operato di una giurisdizione che, consapevole della complessità delle questioni, respinga tentazioni di tipo belligerante nei confronti del "nemico di turno".

Occorre essere cauti, dunque. La generale crescita di peso dell'ordine giudiziario nell'insieme del sistema politico ha modificato radicalmente sia la percezione sociale della magistratura, vista come "soggetto che combatte", sia le attese sul suo operato. Fisiologicamente, la giurisdizione risulta esposta alle tensioni politico-ideologiche del momento; nonché a polemiche strumentali, a volte dettate da "spinte emozionali", giunte persino alla recente esplicita richiesta di orientare le decisioni al "comune sentimento della collettività", come hanno dimostrato le parole di un ministro della repubblica all'indomani di una sentenza relativa ad una presunta "cellula" di *Al Qaeda*.

Il senso di responsabilità impone di condividere la logica di quei giudici che affermano: *"non si può ritenere, in forza di un preconcetto negativo verso tutto il mondo islamico, che l'adesione di un arabo musulmano a un qualsiasi movimento di lotta politica e militare comprenda anche la disponibilità a compiere attentati terroristici, ovvero che siffatta disponibilità sia sottesa in ogni gesto di solidarietà verso quelli che vengono definiti nella cultura musulmana "mujaeddin" (combattenti)"*²⁸.

²⁸ Corte di appello di Milano, 17 febbraio 2006, Drissi e altri, inedita.

FRANCESCO VIGANÓ

SUL CONTRASTO AL TERRORISMO DI MATRICE ISLAMICA
TRAMITE IL SISTEMA PENALE, TRA 'DIRITTO PENALE
DEL NEMICO' E LEGITTIMI BILANCIAMENTI

1. *Qualche dato di partenza.* – I fatti dell'11 settembre 2001 hanno definitivamente evidenziato quanto acuta sia la minaccia del terrorismo di matrice islamica per i Paesi occidentali. Le immagini, sinistre e spettacolari al tempo stesso, del ferimento e del collasso delle torri gemelle – riprese e amplificate dai media di tutto il mondo – hanno dato a tutti il senso di un'America colpita al cuore da un attacco senza precedenti, rivolto simultaneamente contro i simboli del suo potere economico, militare politico – lo stesso *World Trade Center*, il Pentagono, il Congresso –; attacco tanto più inquietante in quanto sferrato da un nemico sfuggente, 'invisibile'. Un nemico che viene dall'esterno, ma che si muove *all'interno* dell'occidente, e che può contare *qui* su una vasta rete di complicità; e che sembra muoversi indisturbato tra Stati Uniti, Germania, Spagna, Francia, Belgio, Italia nel tessere le sue trame di distruzione e di morte.

Non che, in precedenza, non vi fossero state avvisaglie, anche inquietanti. È quanto meno a far data dai primi anni novanta, in effetti, che la strategia dell'islamismo militante aveva alzato il tiro contro gli Stati Uniti, e i paesi occidentali in genere.

Le tappe essenziali di questo processo sono ormai ben note¹: all'indomani della vittoria della resistenza afghana contro il regime-fantoccio filosovietico di Kabul – resistenza alla quale avevano contribuito legioni di combattenti provenienti da ogni parte del mondo islamico e passati attraverso i campi di addestramento pakistani –, un grande esercito internazionale, formato di soldati senza passaporto e galvanizzati dalla vittoria contro il Golia sovietico, resta per così dire 'sulla piazza', alla ricerca di nuovi campi di battaglia per portare avan-

¹ Sulla storia recente del fondamentalismo islamico e sulla strategia della *jihad* attualmente perseguita dai movimenti fondamentalistici islamici che si riconoscono in Al Qaeda, cfr. i fondamentali lavori di G. KEPEL, *Jihad. Ascesa e declino*, 2000 (trad. it. 2001); ID., *Jihad. The Trail of Political Islam*, 2004; ID., *Fitna. Guerra nel cuore dell'Islam*, 2004. Nella letteratura italiana, cfr. per tutti R. GUOLO, *Il partito di Dio. L'Islam radicale contro l'Occidente*, 2004.

ti la causa islamica; schiere di combattenti si riversano pertanto, in una sorta di ‘diaspora’ islamica, nei nuovi fronti della *jihad* – in Bosnia, poi in Cecenia, ma anche all’interno di Stati arabi ‘moderati’ e complessivamente filoccidentali come Arabia Saudita, Algeria ed Egitto –; e parallelamente si rompe la fragile alleanza dell’islamismo militante con gli Stati Uniti, che pure avevano armato e finanziato, nel decennio precedente, la resistenza afghana contro l’invasore sovietico. Vengono così sferrati i primi attacchi contro gli Stati Uniti, rei non solo del tradizionale sostegno ad Israele contro la causa palestinese e del – parimenti risalente – appoggio a regimi arabi considerati nemici della causa della *jihad*, ma anche di una presenza diretta ormai sempre più massiccia dei propri soldati nel cuore dei luoghi santi, in seguito alla prima guerra del Golfo. Nel 1993 viene così compiuto il primo attentato al World Trade Center; nello stesso anno, dopo l’uccisione di diciotto militari americani a Mogadiscio, l’esercito americano è indotto a fare precipitosamente le valigie dalla Somalia e ad interrompere l’operazione *Restore Hope*; nel 1998 due esplosioni colpiscono contemporaneamente le ambasciate statunitensi di Nairobi e Dar es Salam, causando complessivamente oltre duecento morti (tra cui dodici americani) e migliaia di feriti; nel 2000 una nave da guerra americana viene attaccata mentre fa rifornimento al porto di Aden, con diciassette vittime tra i marinai.

Nel frattempo, Bin Laden – reduce dalla guerra afghana, temporaneamente riparato in Sudan e di qui rientrato in Afghanistan – inizia a diffondere attraverso internet e i media arabi i propri proclami anti-occidentali: è dell’agosto 1996 il primo documento – intitolato “Cacciate gli ebrei e i cristiani dalla penisola arabica”² – contenente una vera e propria dichiarazione di *jihad* contro il regime corrotto saudita e i suoi referenti occidentali, a cominciare dagli Stati Uniti, bollati per l’appunto come empi invasori dei luoghi sacri; e al contempo incita i musulmani del mondo intero a prendere le armi per la causa dell’instaurazione di uno Stato islamico nella penisola arabica.

Nel 1998 lo stesso Bin Laden dà vita al c.d. “Fronte islamico internazionale contro gli ebrei e i crociati”, la cui carta costitutiva – firmata anche dal medico egiziano al Zawahiri – proclama il “sacro do-

² Se ne veda il testo integrale tradotto in italiano in G. KEPEL (a cura di), *Al Qaeda. I testi*, 2005 (ed. it. 2006), p. 37 ss.

vere di ogni musulmano di uccidere gli americani e i loro alleati, ovunque possibile”³.

Lo stallo del processo di pace israelo-palestinese e lo scoppio, nel settembre 2000, della c.d. seconda *intifada*, costellata di sanguinosi attentati terroristici nel territorio israeliano e di successive violente ritorzioni da parte dell'esercito israeliano nei territori palestinesi, versano nuova linfa alle motivazioni ideologiche dell'estremismo islamico e alla sua attitudine ormai sempre più apertamente ostile agli Stati Uniti, la cui politica – specie dopo l'avvento dell'amministrazione repubblicana di George Bush jr. – appare agli occhi del mondo arabo come completamente appiattita sulle posizioni israeliane.

Il 7 ottobre 2001 – lo stesso giorno in cui iniziano le operazioni militari americane contro l'Afghanistan dei talebani, in risposta agli attentati dell'11 settembre – Bin Laden e al Zawahiri diffondono attraverso gli schermi di al Jazeera un video⁴ nel quale, pur senza espressamente rivendicare gli attentati, del cui compimento si limitano a ringraziare Dio, invocano nuovamente la mobilitazione dell'intero mondo islamico nella opposizione militare a quella che – riprendendo un'espressione sfortunata utilizzata dallo stesso presidente Bush – esplicitamente definiscono come una 'crociata' dei cristiani e degli ebrei contro la Palestina, l'Arabia Saudita e lo stesso Iraq, all'epoca sotto embargo.

Nel dicembre dello stesso anno vengono pubblicati a Londra ampi stralci di quello che può essere considerato un vero e proprio manifesto della *jihad* islamica antioccidentale. Nel testo, firmato da al Zawahiri e intitolato “Cavaliere sotto la bandiera del profeta”⁵, si afferma la natura universale della battaglia contro le forze occidentali, che si sono ormai alleate al loro nemico storico – la Russia – ed affiancano Israele nella guerra contro il comune nemico, identificato nel fondamentalismo islamico. Viene quindi sottolineata l'esigenza di coinvolgere il più possibile le masse arabe in questa lotta, facendo leva sulla solidarietà di tutti i musulmani con le vittime della politica occidentale, ed in primo luogo con il popolo palestinese, le cui sofferenze sotto il giogo dell'occupazione israeliana devono essere di ammonimento e sprone; e viene espressamente teorizzata una modalità di combattimento attraverso piccoli gruppi di combattenti, il cui scopo deve essere

³ *Ibidem*, p. 47 ss.

⁴ G. KEPEL, *Fitna*, cit., p. 107.

⁵ Testo integrale in G. KEPEL (a cura di), *Al Qaeda. I testi*, cit., p. 227 ss.

quello di diffondere il terrore tra occidentali ed ebrei. La strategia deve essere quella, in particolare, di “infliggere il massimo dei danni”, concentrandosi “sul metodo delle operazioni-martirio”, che è il mezzo più efficace per infliggere perdite al nemico e assieme il meno dispendioso per i *mujahiddin* in termini di risorse umane. Il documento si preoccupa, infine, di porsi al riparo dall’obiezione – sollevata anche da parte di pensatori islamici radicali – secondo cui i principi della religione di Maometto si opporrebbero all’uccisione di innocenti: in realtà, si afferma, le vittime civili colpite nel quadro di questa *jihad* non possono considerarsi innocenti, trattandosi di individui che eleggono liberamente i loro governanti, e che per questa ragione devono anch’essi essere considerati corresponsabili della politica antislamica dei rispettivi governi.

L’inizio delle operazioni militari della coalizione contro l’Iraq di Saddam Hussein, nel marzo 2003, getta nuova benzina sul fuoco; già nel dicembre 2002, al Zawahiri aveva del resto invocato la solidarietà dell’intero mondo islamico con il regime iracheno, in vista della imminente aggressione americana. La *jihad* prende ormai a colpire anche paesi diversi dagli Stati Uniti, rei di fornire appoggio alla politica americana in Medio Oriente: nel corso dell’anno, si registrano così una serie di attentati di vaste proporzioni, tra cui segnatamente quelli del maggio in Arabia Saudita (con bersagli ancora prevalentemente americani) e a Casablanca (questa volta con bersagli prevalentemente ebrei ed europei, anche se le vittime risultano essere soltanto marocchine), e poi quelli catastrofici di Istanbul, in cui tra il 15 e il 20 novembre sono colpiti una sinagoga, un centro israelita e una banca britannica.

L’11 marzo 2004 segna un nuovo passo cruciale nella strategia del terrore: la *jihad* irrompe ormai direttamente all’interno del territorio dei paesi europei, in precedenza utilizzati – con la sola eccezione della Francia, teatro di una serie di attentati ad opera dei terroristi algerini del GIA intorno alla metà degli anni novanta⁶ – per lo più come mere basi logistiche per la preparazione di attentati da compiersi altrove. La rivendicazione degli attentati alla stazione di Atocha parla dell’attentato come di un “mero assaggio dell’antico regolamento di conti con la Spagna crociata, alleata dell’America nella sua guerra contro l’Islam”: espressione con cui, secondo l’autorevole lettura di Gilles

⁶ G. KEPÉL, *Jihad*, cit., p. 349 ss.

Kepel, si allude non solo al contributo militare fornito dal governo di Aznar all'invasione dell'Iraq dell'anno precedente, ma anche all'antico conto in sospeso con la Spagna sin dall'epoca della *reconquista*, quando erano state strappate agli arabi le terre dell'Andalusia già musulmana⁷.

E che le minacce fossero serie è dimostrato dalla inquietante circostanza che di lì a qualche settimana – pur dopo l'avvento al potere del governo socialista, che già aveva dichiarato la propria intenzione di ritirare le truppe dall'Iraq, e dunque pur dopo un rivolgimento che, dal punto di vista degli ideologi della *jihad*, ben avrebbe potuto essere considerato come uno straordinario successo politico – fu disinnescata una bomba sui binari tra Siviglia e Madrid, che sarebbe dovuta esplodere al passaggio di un treno veloce carico di passeggeri.

Gli attentati londinesi del 7 e 21 luglio 2005 – e i successivi attentati sventati dell'agosto 2006 – confermano in effetti che la *jihad* globale, proclamata dal fondamentalismo islamico contro Israele e i Paesi occidentali, coinvolge appieno anche i Paesi europei.

Quanto in particolare all'Italia, il nostro Paese è stato colpito sinora soprattutto sul suolo irakeno (e più recentemente afgano), pagando un cospicuo tributo in termini di vittime militari, nonché di civili sequestrati (e a volte uccisi). Ma le inchieste delle magistratura hanno evidenziato che l'Italia è stata negli ultimi anni una importante base logistica per il reclutamento di 'combattenti' islamici, avviati poi in campi di addestramento siti in Afghanistan e, tra il 2001 e il 2003, in Iraq; ed è stata altresì una base di collegamento per l'attività di cellule che progettavano attentati in altri Paesi europei – come dimostra la vicenda di Rabei Osman Ahmed El Sayed⁸, ritenuto uno degli organizzatori del gruppo responsabile dell'attentato dell'11 marzo, fermato a Milano nel giugno 2004 dopo numerose intercettazioni telefoniche che dimostravano intensi contatti con cellule di fondamentalisti islamici operanti in Francia, in Belgio e nella stessa Spagna.

Che la minaccia a tutti i nostri Paesi sia estremamente seria, è dunque fuori discussione; assai controverso è però quale sia la più appropriata strategia di *risposta* a tale minaccia.

Schematizzando al massimo, possiamo distinguere essenzialmente

⁷ G. KEPÉL, *Fitna*, cit., p. 93 s.

⁸ Recentemente condannato in primo grado in qualità di capo di un'associazione con finalità di terrorismo da C. Ass. Milano, 6 novembre 2006, imp. Rabei Osman, in *Corr. del merito*, 2007, p. 630 ss. con nota di A. VALSECCHI.

due modelli di risposta: quello, caratteristico della politica americana successiva all'11 settembre, della *guerra globale contro il terrore*; e quello, tenuto fermo nel complesso dagli ordinamenti europei, del *contrasto al terrorismo attraverso il sistema penale*⁹.

2. *La risposta americana all'11 settembre.* – Già all'indomani dell'11 settembre, la parola d'ordine dell'amministrazione americana fu quella della 'guerra': l'attacco sferrato all'America dai terroristi di Bin Laden doveva considerarsi un atto di guerra, al quale non si sarebbe potuto rispondere che con la guerra.

E ispirata ad una logica *bellica* furono, in effetti, le azioni concrete intraprese dall'amministrazione Bush contro il terrorismo. Non solo con riferimento alle operazioni militari, lanciate rispettivamente nel 2001 e nel 2003, contro l'Afghanistan dei Talebani e l'Iraq di Saddam Hussein, presentate come la prima e la seconda tappa di una più vasta 'guerra globale al terrore'; ma anche – ed è ciò che più rileva in questa sede – con riferimento al trattamento di singoli individui *sospettati* di essere implicati in attività di organizzazioni terroristiche. Si inventò una nuova etichetta – quella di *enemy combatants* – che consentì di sottrarre i sospetti terroristi, ovunque catturati nel mondo, tanto alle ordinarie garanzie del diritto penale quanto a quelle, più limitate, di cui godono legittimamente i prigionieri di guerra in base al diritto internazionale umanitario. Il che significava in pratica – almeno nelle intenzioni originarie dell'amministrazione Bush, solo parzialmente corrette dalla giurisprudenza successiva della Corte Suprema – sottrarre gli arrestati a qualunque garanzia di *habeas corpus*, evitando così i 'lacci e laccioli' che la magistratura americana avrebbe potuto opporre all'azione di contrasto posta in essere dal potere esecutivo.

Il risultato è stato un sistema gestito da corti *militari* dipendenti direttamente dal potere *esecutivo*, e caratterizzato – quanto ai contenuti – da una massiccia incriminazione di *atti preparatori*, che conferiscono al sistema la tipica fisionomia di un *diritto penale d'autore*, orientato alla *neutralizzazione a tempo indeterminato di soggetti socialmente pericolosi*. Un sistema, dunque, che a conti fatti si è rivelato come

⁹ Le considerazioni di seguito svolte costituiscono il nucleo di un mio più ampio intervento su *Terrorismo, guerra e sistema penale*, pubblicato successivamente in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss., al quale rinvio per ogni approfondimento e, soprattutto, per gli indispensabili riferimenti bibliografici.

qualcosa di diverso, ed anzi di *alternativo*, rispetto al diritto penale così come siamo abituati a intenderlo nei nostri Paesi.

3. *La risposta europea.* – Diversa è stata, sino ad oggi, la risposta europea all'emergenza del terrorismo islamico.

Anche l'Unione europea si è, invero, immediatamente allineata al governo americano nell'adottare misure preventive (di natura *amministrativa* e sottratte a qualsiasi garanzia di carattere giurisdizionale) contro il *finanziamento* del terrorismo internazionale, in particolare attraverso il c.d. *congelamento* dei beni delle persone fisiche e giuridiche *sospettate* di legami con il terrorismo internazionale. Ma la strategia complessiva del contrasto al terrorismo – ovunque fosse in gioco la *libertà personale*, e non solo il patrimonio – ha continuato a svolgersi in via primaria attraverso i canali del *diritto penale*.

Questa scelta di continuare ad affidarsi in primo luogo al diritto penale non può che sottintendere il *rigetto*, da parte degli ordinamenti europei, della logica *bellica* del terrorista come *nemico*. Continuare a scommettere sul diritto penale come strumento di *difesa sociale*, anche di fronte a fatti come quelli dell'11 marzo, significa continuare a manifestare la propria fiducia nei confronti di uno strumento che costituisce al tempo stesso una *magna charta* del reo, e del sospetto reo; e significa, soprattutto, continuare a far passare la risposta dell'ordinamento attraverso le maglie del *processo* e della *giurisdizione penale*. Il che comporta non solo che si metta seriamente in conto, come ha acutamente sottolineato Insolera, la possibilità che si pervenga all'*assoluzione* dell'imputato¹⁰; ma anche la necessità di rimettere in libertà un imputato che si sappia essere *socialmente pericoloso*, quando l'accusa non riesca a provarne la colpevolezza, entro un lasso di tempo ragionevole, con gli strumenti offerti dal processo penale.

Nessuna meraviglia, allora, che vi siano state anche in Europa consistenti spinte per il superamento di questo modello, nella direzione di un maggiore allineamento alla logica bellica americana: attraverso, ad es., la previsione di detenzioni di polizia a tempo indeterminato sottratte al controllo giudiziale, l'istituzione di tribunali speciali con regole probatorie distinte da quelle ordinarie e con garanzie di difesa sensibilmente affievolite, l'introduzione di deroghe espresse ai diritti fondamentali riconosciuti dalle varie Costituzioni nazionali e/o dalla Con-

¹⁰ G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1325.

venzione europea dei diritti dell'uomo, etc. Nel complesso, tuttavia, queste spinte non hanno trionfato, essendo dappertutto in Europa prevalsa l'idea di un mantenimento delle garanzie fondamentali, sul piano istituzionale e normativo, caratteristiche del diritto e del processo penale.

4. *Le peculiari caratteristiche del 'diritto penale della criminalità organizzata' in Italia: un 'diritto penale del nemico'?* - Tutto ciò naturalmente non esclude che, in concreto, anche una risposta strutturalmente 'penalistica' possa scendere a compromessi con logiche *emergenziali*, che facciano pendere la bilancia più verso il polo della difesa sociale che verso quella delle garanzie e della tutela dei diritti fondamentali dell'imputato (o del condannato). Vari ordinamenti europei – tra cui l'Italia, ma il discorso vale anche per la Spagna e per il Regno Unito – hanno avuto buon gioco nel riproporre, o eventualmente nel raffinare, strumenti repressivi già sperimentati a proposito di *altre* emergenze terroristiche interne, proponendo così un modello di contrasto al terrorismo islamico in un certo senso *ibrido*: non allineato sul modello 'bellico' americano, ma al tempo stesso caratterizzato da vistose deviazioni – in un'ottica di 'doppio binario' – rispetto al diritto e al processo penale applicabile alla criminalità 'comune'.

Dal punto di vista del diritto penale *sostanziale*, anzitutto, le caratteristiche salienti di questo modello ibrido sono:

– la massiccia incriminazione, anche qui, di *atti preparatori* rispetto ai reati terroristici 'fine'. In Italia, come vedremo, il ruolo centrale nella repressione penale del terrorismo è affidato alla fattispecie associativa di cui all'art. 270 *bis* c.p., che sottopone a pene assai severe (sino ad un massimo di dieci anni di reclusione per i meri partecipi) condotte ancora non esecutive dei reati terroristici, e spesso cronologicamente assai distanti dalla loro commissione. Il recente d.l. 144/2005 ha poi introdotto nell'ordinamento una serie di norme che sottopongono a pene elevatissime condotte anch'esse *preparatorie*, caratteristiche del modo di operare delle associazioni terroristiche: quali l'arruolamento di 'combattenti' (art. 270 *quater* c.p.) o il loro 'addestramento' (art. 270 *quinquies* c.p.), nonché la falsificazione di documenti validi per l'espatrio (art. 497 *bis* c.p.). Tutte queste norme consentono, in pratica, di *anticipare* la risposta penale, in funzione *preventiva* rispetto alla (futura) commissione di atti terroristici, consentendo così al diritto penale di entrare in azione *assai prima* che si raggiunga *la soglia di un tentativo punibile*; ciò che di fatto conferisce alla misura della

custodia cautelare in carcere, disposta sulla base di gravi indizi di colpevolezza in ordine a *questi* reati, la medesima funzione di una *misura di prevenzione*, in grado di *neutralizzare* almeno temporaneamente – in attesa della condanna definitiva – la *pericolosità sociale* dell'indagato;

– la tendenza alla *criminalizzazione di forme di manifestazione del pensiero*, in particolare attraverso la previsione di una fattispecie aggravata di pubblica istigazione e pubblica apologia di delitti terroristici (art. 414 ult. co. c.p.), anch'essa introdotta dal d.l. 144/2005 e pensata 'su misura' per le predicazioni degli imam nelle moschee;

– un forte tasso di *vaghezza* delle principali fattispecie incriminatrici, a partire dalla fattispecie associativa (nella quale manca una definizione su che cosa si debba intendere per 'associazione', ovvero per 'partecipazione' alla stessa);

– la previsione di *attenuazioni di pena* per la collaborazione processuale.

L'esistenza di un 'secondo binario' per la criminalità terroristica diviene ancora più evidente se si considerano le norme *processuali* e *penitenziarie*. Le indagini in materia di terrorismo – così come quelle relative alla criminalità mafiosa – sono affidate a sezioni distrettuali specializzate della pubblica accusa; le intercettazioni telefoniche e ambientali sono ammesse entro limiti assai più ampi che nelle indagini ordinarie; i termini di custodia cautelare sono più lunghi; i detenuti (in stato di custodia cautelare ovvero a seguito di condanna definitiva) sono sottoposti ad uno speciale regime penitenziario, senza alcuna possibilità di accedere agli ordinari benefici penitenziari in mancanza di scelte collaborative; e così via.

Di fronte a tutto ciò, non del tutto ingiustificata appare la domanda, provocatoriamente posta da Jakobs, se in queste condizioni possa ancora parlarsi di un diritto penale *tout court*, o se si debba invece parlare di un 'diritto penale del nemico': di qualcosa, cioè, che sarebbe *altro* rispetto al comune diritto penale del 'cittadino'. Vero è che entrambi questi sistemi sono gestiti dagli stessi attori istituzionali – giudici e pubblici ministeri –, ciò che conferisce loro l'attributo di sistemi *penali*; ma la loro logica, i loro scopi, i loro concreti meccanismi di funzionamento parrebbero in effetti del tutto eterogenei. Se il diritto penale 'del cittadino' è un diritto penale *del fatto*, orientato al principio di *colpevolezza*, il diritto penale 'del nemico' sembra piuttosto un diritto penale *d'autore*, orientato all'idea della *neutralizzazione* della pericolosità individuale dell'autore. Il che finisce per ripercuotersi sulla stessa teleologia della sanzione penale, che secondo Jakobs sarebbe

qui spogliata di ogni contenuto *rieducativo*, stante la radicale non risocializzabilità dei suoi destinatari.

Le provocazioni intellettuali di Jakobs hanno, come è noto, suscitato un amplissimo dibattito nella letteratura penalistica di lingua tedesca, spagnola e italiana. Sul piano *descrittivo*, ad es., taluni hanno negato che quello descritto da Jakobs possa ancora definirsi come 'diritto penale': con le incisive parole di Cancio Meliá, 'diritto penale del cittadino' sarebbe un pleonasmo, 'diritto penale del nemico' una *contradictio in adiecto*¹¹. Ma la domanda fondamentale va posta, a mio avviso, sul piano *critico*: di fronte alla constatazione di Jakobs che, *di fatto*, un po' tutti gli ordinamenti penali contemporanei praticano un diritto penale *speciale* (e del tutto eterogeneo rispetto a quello ordinario) per certe forme di criminalità, tra cui *in primis* quella terroristica; ebbene, di fronte a tale constatazione, la scienza giuridica dovrà *combattere* queste (imponenti) deviazioni dal diritto penale 'classico', ovvero *accettarle*, magari come un male inevitabile?

Senza avere la pretesa di affrontare a tutto tondo i molteplici profili scatenati dalle provocazioni jakobsiane, vorrei limitarmi qui ad abbozzare qualche considerazione sul problema del contrasto al terrorismo (e in particolare al terrorismo di matrice islamica) attraverso il diritto penale.

5. *Il ruolo del diritto penale (e del sistema penale nel suo complesso) nel contrasto al terrorismo jihadista.* – A me sembra, anzitutto, che una delle più pericolose tentazioni nelle quali possa incorrere oggi il penalista sia quella di bollare come *altro* rispetto al diritto penale 'autentico' il peculiare sottosistema del diritto penale della criminalità organizzata, appena descritto nei suoi tratti essenziali.

Una tale valutazione sottintende, infatti, un atteggiamento di *rifiuto* da parte del penalista di 'sporcarsi le mani' con la materia, secondo la via già indicata nel *Programma* di Carrara a proposito dei delitti politici: dei quali Carrara rifiutava, per l'appunto, di occuparsi, proprio in quanto li riteneva ispirati ad una logica totalmente eterogenea rispetto a quella sottesa al 'suo' diritto penale, illuministico e 'razionale'¹². Così ragionando, si finisce però per concludere che il diritto penale 'politico' (o 'del nemico' che dir si voglia) è nient'altro che esercizio

¹¹ M. CANCIO MELIÁ, *Feind „strafrecht“?*, in ZStW 117 (2005), p. 268.

¹² F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, 1870, § 3913 ss.

discrezionale dell'uso della forza da parte del potere politico contro i propri nemici; esercizio che sarebbe vano, per lo scienziato del diritto, sperare di ricondurre a coordinate razionali. *Hic sunt leones*, insomma: qui finisce il diritto, e qui comincia la guerra, la violenza, l'arbitrio.

Adottare un simile, sdegnoso atteggiamento significherebbe però legittimare una delega in bianco al potere politico della lotta al terrorismo, ratificando implicitamente ogni sorta di deviazione dal modello di un diritto penale 'classico'.

Io ritengo invece che il compito dello scienziato del diritto, oggi, sia esattamente opposto: e sia quello di *resistere* contro ogni tentativo di *degiurisdizionalizzare*, sul modello americano, la lotta al terrorismo, riaffermando anche in questo settore la centralità del ruolo del *diritto penale*, quale strumento di tutela, *assieme*, dei beni giuridici minacciati dalla criminalità e dei diritti fondamentali dell'imputato e del condannato.

Il diritto e la giurisdizione penale sono, in effetti, il più efficace antidoto contro i rischi di scivolamento verso derive intollerabili per lo Stato liberale di diritto e per la nostra stessa identità culturale occidentale, o giudaico-cristiana, della quale tanto oggi si parla. Questa identità culturale ha tra le sue componenti essenziali il riconoscimento della *dignità umana* e di un nucleo di *diritti e libertà fondamentali* che appartengono a *chiunque*: cittadino o straniero, innocente o colpevole. I più temibili nemici della nostra civiltà, forse, non sono tanto i terroristi che colpiscono le torri gemelle o la stazione di Atocha, quanto Guantanamo o Abu Ghraib: le cui immagini sinistre minano la nostra stessa legittimazione morale nella lotta contro il terrorismo, oscurando la linea di demarcazione tra vittime e carnefici.

E il diritto penale è lo strumento migliore per ridurre questi rischi di *slippery slope*, perché la giurisdizione penale è un sistema intessuto di *controlli*, *trasparente*, che assicura alla persona limitata nei propri diritti la possibilità di *difendersi* contro le accuse che le vedono rivolte; ed è un sistema che viene gestito da soggetti – giudici e pubblici ministeri – che, almeno nei Paesi europei, condividono tutti una *cultura della legalità* che non sempre i funzionari del potere esecutivo o i militari possiedono.

D'altra parte, non è vero che il diritto penale, con il suo carico di vincoli e garanzie, non sia uno strumento *efficace* nella difesa della società contro il terrorismo, e che debba per questo motivo essere sostituito da altre agenzie – secondo quanto sempre più frequentemente si afferma anche in Europa, in particolare nel Regno Unito. L'esperienza

delle inchieste giudiziarie svoltesi in Italia e in molti altri Paesi europei negli ultimi cinque anni evidenzia infatti molti importanti successi investigativi: attentati destinati ad essere compiuti sul suolo europeo sono stati sventati, intere 'cellule' terroristiche sono state smantellate, molti processi sono stati celebrati o si stanno celebrando in vari Paesi europei. Senza che, a quanto consta, alcun detenuto sia stato torturato per ottenerne la confessione, o sia stato recluso a tempo indeterminato senza conoscere il motivo della sua detenzione – come è invece accaduto, e quotidianamente accade, in altre parti del mondo.

6. *L'ammissibilità di un 'secondo binario' nel contrasto al terrorismo attraverso il diritto penale.* – Resta, però, l'imbarazzante obiezione di Jakobs: ammettiamo pure che il contrasto al terrorismo debba essere anche per il futuro gestito dal diritto e dalla giurisdizione penale; ma di *quale* diritto penale stiamo parlando? Di un diritto penale che condivide fisionomia e principi con quello ordinario 'del cittadino', o di qualcosa che è radicalmente *altro* rispetto ad esso? E se si tratta di *altro* (comunque lo si definisca), potrà mai questo 'diritto' costituire un valido argine ai pendii scivolosi di cui si faceva cenno? Dopo tutto, dalla teorizzazione della inevitabilità, e dunque della legittimità, di un diritto penale del nemico, il passo al riconoscimento della legittimità della tortura a fini di indagine – magari con modalità stabilite per legge e sotto controllo giudiziale – potrebbe essere breve.

Prima di tentare una risposta a queste inquietanti domande, credo che valga la pena svolgere una brevissima riflessione. Sono personalmente convinto che la scienza penalistica italiana debba domandarsi se negli ultimi decenni, magari per reazione alle esperienze autoritarie vissute in tempi diversi dai nostri Paesi, non abbia pensato un po' troppo al diritto penale come *Magna Charta* del reo – come strumento, cioè, di *garanzia* dei diritti fondamentali dell'imputato e del condannato –, piuttosto che come strumento che, *al tempo stesso*, è chiamato ad assicurare una efficace *difesa dei beni giuridici* individuali e collettivi minacciati dalla criminalità. Ho davvero la sensazione che la scienza penalistica rischi oggi di non apparire più come un interlocutore credibile ai poteri 'forti', che realmente 'fanno' il diritto penale: in primo luogo, al legislatore democratico, che è naturalmente esposto alla pressione di un'opinione pubblica allarmata, che ovunque domanda fermezza nel contrasto al terrorismo.

Proprio al fine di non disperdere il patrimonio *essenziale* delle garanzie e dei principi che conformano la nostra stessa identità occiden-

tale, oggi più che mai occorre, allora, una seria presa di coscienza della estrema pericolosità e dell'anomalia del fenomeno criminoso rappresentato dal terrorismo di matrice islamica. La disponibilità al martirio rende molti terroristi, o aspiranti tali, assai *meno motivabili* dalla norma penale rispetto alla generalità dei criminali, e ne esalta al tempo stesso la carica di pericolosità: perché chiunque è in grado, in questo modo, di trasformare *il suo stesso corpo* in un'arma micidiale.

Ma se così è, apparirà forse inevitabile che la funzione di *neutrazione della pericolosità individuale* propria del diritto penale nel suo complesso balzi in primo piano rispetto alla 'classica' funzione 'deterrente' della norma penale, o alla sua funzione di 'integrazione sociale'. Così come apparirà inevitabile l'incriminazione di *atti meramente preparatori* (e delle condotte di partecipazione ad associazioni terroristiche in particolare), a fronte della vitale esigenza di intervenire con la custodia cautelare *in tempo utile* per impedire l'esecuzione di attentati dalle conseguenze catastrofiche, come quelli dell'11 settembre o dell'11 marzo, senza aspettare l'istante in cui l'attentatore si accinga ad innescare la miccia della bomba, destinata ad uccidere centinaia di persone in una stazione. E ciò anche a costo di inquinare il volto del diritto penale 'classico', e dei principi che si insegnano in ogni corso base di diritto penale.

Analoghe *deviazioni dalle regole ordinarie* si sono rivelate e si riveleranno verosimilmente in futuro inevitabili nei settori della *procedura penale* e del *diritto penitenziario*, dove, ad es., è ancora prevedibile il massiccio ricorso a tecniche di investigazione invasive della *privacy* individuale come le intercettazioni (telefoniche e ambientali), l'isolamento dei detenuti e le restrizioni della possibilità di comunicare con l'esterno del carcere, etc.: misure tutte, del resto, già ampiamente sperimentate nei nostri Paesi, e passate sinora per lo più indenni al vaglio di legittimità delle rispettive Corti costituzionali e della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il che significa riconoscere apertamente *l'inevitabilità di un doppio binario*, rispettivamente, per la criminalità comune e per certe forme di criminalità particolarmente pericolose (*in primis* il terrorismo). Anche il contrasto a queste ultime dovrà restare affidato al diritto e alla giurisdizione penale; ma con una *diversa modulazione* delle garanzie fondamentali riconosciute agli imputati e ai condannati.

In questo quadro, l'espressione 'diritto penale del nemico' si appalesa però inutile e fuorviante. Perché per un verso – ed è l'osservazione più ovvia – *nessun* delinquente (nemmeno il terrorista più irriduci-

bile) può legittimamente essere considerato come un nemico, l'art. 27 co. 1 Cost. imponendo in ogni caso che gli sia indirizzata, durante il trattamento penitenziario, quanto meno *l'offerta* di un possibile reinserimento nel tessuto sociale, non diversamente da qualsiasi altro detenuto: offerta che non avrebbe senso rivolgere contro un nemico appartenente ad una diversa società. Ma l'espressione è fuorviante anche perché inutilmente carica di emozionalità, sì da precludere sin dall'inizio un dibattito sereno e razionale: bollare una regola sostanziale, processuale, penitenziaria etc. comunque 'deviante' rispetto al modello 'classico' significa implicitamente stigmatizzare quella regola come qualcosa di *a priori* inaccettabile, in quanto ripugnante all'idea stessa di 'diritto', di 'processo' o di 'trattamento penale', sottraendosi così ad un confronto sereno sulla legittimità ed opportunità di quella regola 'deviante' rispetto al resto del sistema.

Sempre di 'diritto penale', e di diritto penale *tout court* si dovrà parlare, insomma: ma di un diritto penale che tollera, al suo interno, articolazioni diverse delle sue funzioni, dei suoi principi, delle sue regole, secondo la diversa natura e pericolosità della criminalità che è chiamato a combattere.

L'idea di fondo che intendo esprimere è, insomma, quella della necessità di un approccio *flessibile* ai principi e alle garanzie caratteristici del diritto penale, aperto a possibili *bilanciamenti* tra esigenze di 'sicurezza' sociale e esigenze di tutela delle 'libertà' degli individui. Senza un tale *habitus* mentale, la scienza penalistica si condannerebbe nel prossimo futuro all'autoreferenzialità, perdendo qualsiasi *chance* di incidere sulla concreta conformazione dei meccanismi di contrasto alla criminalità terroristica.

7. *Alla ricerca di punti di equilibrio sostenibili tra sicurezza e garanzie.* – Naturalmente, approccio flessibile non significa alzare bandiera bianca di fronte alla limitazione o soppressione di qualsiasi garanzia: significa, piuttosto, ricercare un *punto di equilibrio sostenibile* tra garanzie e esigenze di difesa sociale, anche nei settori in queste ultime esigenze sono più forti (come accade, per l'appunto, rispetto alla criminalità di matrice terroristica).

Il punto di partenza deve essere, a mio giudizio, il riconoscimento che *non tutte le garanzie hanno lo stesso peso*. Ci sono principi e diritti che attengono al cuore dello Stato liberale di diritto, i quali non possono essere compressi né bilanciati con alcun controinteresse. Le indicazioni essenziali sono contenute nell'art. 15 della Convenzione eu-

ropea dei diritti dell'uomo, che esclude tra l'altro qualsiasi deroga, nemmeno in tempo di guerra, al diritto alla *vita* (e fatte salve, ovviamente, le eccezioni di cui all'art. 2 co. 2), al diritto a non essere sottoposti a *tortura* o a *trattamenti inumani e degradanti*, a non essere ridotti in *schiavitù* e al principio di *legalità della pena* (nel suo nucleo minimo di *irretroattività* delle norme incriminatrici). Indicazioni, queste, di rilievo tutt'altro che teorico, in un'epoca in cui da molte parti si propugna esplicitamente l'uso della tortura nei confronti dei sospetti terroristi, ed abitualmente si pratica la consegna dei medesimi (attraverso regolari procedure di estradizione o di espulsione, ovvero attraverso trasferimenti *de facto*) a Stati ove la tortura è prassi abituale¹³. Contro simili pratiche, lo scienziato del diritto sarà tenuto ad alzare con forza la propria voce, per sottolineare come il ripudio della tortura attenga all'essenza stessa di quella stessa cultura occidentale che si vorrebbe tutelare contro gli attacchi dei terroristi; e per insistere sul rischio di smarrimento di ogni legittimazione morale nella lotta contro i terroristi, laddove si volesse intraprendere questo sinistro cammino.

Altri diritti e principi appaiono invece opporre minori resistenze ai bilanciamenti, purché ne venga conservato un nucleo minimo (ossia quello che i tedeschi chiamano il *Wesensgehalt*, il contenuto essenziale). E qui lo scienziato del diritto sarà chiamato ad impegnarsi in prima persona nella ricerca e nella discussione di *punti di equilibrio tollerabili* tra sicurezza e garanzie.

Indicazioni importanti verranno, ancora una volta, dal diritto europeo, e in particolare dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una deroga rispetto ai principi ordinari di garanzia potrà giustificarsi, anzitutto, a fronte di comprovate situazioni di *emergenza*, o comunque di minacce particolarmente insidiose e pericolose per la società. D'altra parte, la deroga rispetto ai principi dovrà apparire, almeno secondo una valutazione *ex ante*, *idonea* rispetto agli obiettivi che ci si propone di conse-

¹³ Ciò accade, purtroppo, anche in Italia: il d.l. 144/2005 (c.d. decreto Pisanu) prevede, all'art. 3 co. 1, una forma di espulsione dello straniero sottratta a qualsiasi controllo giurisdizionale prima della sua esecuzione, che il Ministro dell'Interno può disporre quando "vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali". Il governo italiano ha già fatto uso in varie occasioni di tale potere, 'consegnando' di fatto sospetti terroristi alle autorità di polizia dei rispettivi Paesi d'origine, che non sempre si distinguono per il rispetto dei diritti umani nei confronti delle persone arrestate o detenute.

guire. Infine, la deroga dovrà essere contenuta entro i limiti di una *stretta necessità*, nel duplice senso di una sua non sostituibilità con misure *meno lesive* di principi e diritti fondamentali e di una sua *proporzione* rispetto al fine che ci si propone.

Pensiamo, ad es., al problema dell'*anticipazione della tutela penale* agli *atti preparatori*, più volte evocato come tratto distintivo del diritto penale della criminalità organizzata. Ho già sottolineato come, a mio avviso, è del tutto irrealistica l'opinione di chi ritiene (e sono molti in Italia) *a priori* illegittime le incriminazioni di atti preparatori, alla luce del principio costituzionale di *offensività*: un sistema penale che si limitasse ad incriminare soltanto atti *esecutivi* di attentati terroristici non sarebbe in grado di assicurare una efficace difesa sociale, e verrebbe immediatamente affiancato da un sistema di misure di prevenzione a carattere detentivo gestite direttamente dal potere esecutivo – sistema che risulterebbe però assai più pericoloso per i diritti fondamentali degli internati di quanto non sia un diritto penale che metta in carcere, sotto controllo giudiziale, gli autori di condotte preparatorie. Il problema è, piuttosto, quello di effettuare un puntuale vaglio circa l'*idoneità* e la *stretta necessità* dell'anticipazione della tutela penale rispetto agli scopi di tutela sociale perseguiti: evitando, quindi, incriminazioni a raggio troppo ampio, che colpiscano alla cieca sia condotte realmente pericolose per i beni giuridici sia condotte espressive di mero *dissenso* o *contiguità ideologica* con gli autori di crimini; e vigilando affinché le sanzioni si mantengano entro i limiti di una ragionevole *proporzionalità* rispetto al reale contenuto di offensività del fatto commesso (ciò che comporta, ovviamente, la necessità che siano previste sanzioni considerevolmente *inferiori* per le condotte meramente *preparatorie* rispetto a quelle *esecutive* dei delitti fine).

D'altra parte, appare ragionevole che le scelte di criminalizzazione di atti meramente preparatori possano apparire più o meno legittime secondo che la condotta incriminata sia *neutra*, ovvero consista essa stessa nell'*esercizio di un diritto fondamentale*: altro è – ad es. – incriminare l'addestramento militare di una persona (e cioè una condotta non corrispondente all'esercizio di alcuna libertà fondamentale), e *altro* è incriminare una condotta come l'*apologia* di un delitto terroristico, che consiste precisamente in una manifestazione del proprio pensiero – e cioè una condotta che, in ogni ordinamento liberale, costituisce oggetto di una delle più importanti libertà fondamentali. Le ragioni a sostegno di questa seconda scelta dovranno perciò essere assai più cogenti, perché l'incriminazione possa essere considerata legittima.

8. *Qualche provvisoria conclusione.* – Da queste poco più che rapsodiche osservazioni – che valgono a delineare un programma di lavoro, più che a enunciare gli esiti – dovrebbe risultare chiaro anche chi siano i naturali *interlocutori* della scienza penalistica, in quest'opera di ricerca di punti di equilibrio sostenibili.

Penso in primo luogo al *legislatore* – e cioè all'istanza che ha in prima battuta, negli ordinamenti democratici, la responsabilità di formulare le regole che cristallizzano questi bilanciamenti –; dovendosi qui ricordare che, ormai, il legislatore non è più solo quello nazionale, ma è anche quello *sovranazionale*, soprattutto laddove – come in sede UE – questi abbia il potere di emanare norme che *vincolano* i legislatori nazionali a determinate scelte normative. La scienza penalistica dovrà dunque cominciare a domandare con più forza al legislatore sovranazionale una maggiore considerazione dei diritti fondamentali dell'uomo: diritti che convenzioni, azioni comuni, decisioni quadro affermano spesso nei preamboli di voler rispettare, ma che vengono poi spesso disinvoltamente trascurati negli articolati, allorché si impongono precisi obblighi di criminalizzazione agli Stati. E la scienza penalistica dovrà, altresì, discutere della effettiva idoneità, necessità e proporzione delle forme di anticipazione della tutela attuate mediante l'incriminazione di attività preparatorie: con spirito realistico, certo, ma anche con la consapevolezza del carattere *eccezionale* che tali incriminazioni devono pur sempre conservare rispetto al modello di un reato concepito come *offesa* (= lesione o *immediata* messa in pericolo) di un bene giuridico.

Penso poi alla *Corte costituzionale*, che ha istituzionalmente il compito di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo *anche contro la volontà della maggioranza* precipitata nella legge, e che è chiamata a compiere delicati bilanciamenti – nell'attuare il vaglio di legittimità costituzionale delle scelte compiute dalla maggioranza – tra tali diritti fondamentali e le contrapposte finalità di tutela che si intendano perseguire.

E penso, infine, ai *giudici ordinari*, ai quali spetta il compito in definitiva più delicato: quello, cioè, di *concretizzare* la volontà legislativa nel singolo caso, riempiendo di contenuto i segni linguistici utilizzati dalla norma. Compito questo particolarmente delicato e importante allorché tali segni linguistici, come spesso accade nella materia che ci occupa, siano connotati da un elevato grado di *vaghezza* semantica (come nei casi, già ricordati, dei concetti di 'associazione' e 'partecipazione'). In questi casi, dovrà essere la giurisprudenza ordinaria a far

vivere i principi (garantistici) di materialità, di offensività, di proporzione, etc. quali *criteri ermeneutici* per restituire succo e sangue a fattispecie altrimenti 'vuote'.

Un esempio. Se non mi pare possa oggi contestarsi la necessità di far intervenire il diritto penale già a fronte di atti meramente preparatori di una serie di futuri attentati terroristici – e segnatamente in presenza di una condotta di *partecipazione* alle attività di un'organizzazione che si propone di compiere atti terroristici –, il problema davvero cruciale diverrà quello di intendersi, in via interpretativa, su quale sia il *minimum* necessario per l'affermazione di una responsabilità penale a carico di un imputato a titolo di *partecipazione* all'associazione criminale – nonché, prima ancora, per la verifica della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza della commissione di tale reato, ai fini dell'emaneazione di una *misura cautelare*. Problema, questo, delicatissimo, su cui si deve a tutt'oggi registrare un certo disorientamento nella prassi giurisprudenziale, che tende a rifuggire dalla ricostruzione in via interpretativa di un preciso modello di *condotta partecipativa* – un modello che risulti abbastanza *flessibile* per adattarsi alle peculiarità di un terrorismo che verosimilmente non opera nel quadro di organizzazioni verticistiche e rigidamente strutturate, e che nello stesso tempo non voglia accontentarsi di mere *manifestazioni di volontà criminosa*, quali quelle che si incontrano con estrema frequenza nelle trascrizioni delle intercettazioni telefoniche e ambientali di sospetti terroristi islamici (nelle quali abbondano i proclami di odio verso l'occidente, le teorizzazioni della violenza, l'esaltazione di atti terroristici e persino le dichiarazioni di volere immolarsi come 'martire'). La risposta resterà in definitiva affidata alla sensibilità e intelligenza dalla giurisprudenza, la quale potrà tuttavia essere orientata dalla dottrina nella ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra le istanze di tutela sociale e quelle, antinomiche, di garanzia della libertà di opinione e di manifestazione del pensiero – anche laddove si tratti del pensiero 'sinistro', e grondante di odio, di un epigono di Bin Laden.

Si tratterà, allora, di conferire autentico spessore alle condotte preparatorie che possono giustificare un'incriminazione *ex art. 270 bis c.p.*, così da sfuggire all'obiezione di scivolamento verso un diritto penale d'autore, o della pericolosità individuale: *il passaggio dalle parole ai fatti* – e a fatti *concretamente idonei* a sfociare nella consumazione dei reati-fine – dovrà essere considerato indispensabile non solo ai fini di una *condanna* per il reato in parola, ma anche ai fini dell'emissione di una *misura cautelare* a carico del suo autore; sì che la restrizione

della libertà personale si giustifichi, in ogni caso, anche in rapporto ad un fatto *già commesso* (per quanto ancora cronologicamente lontano dal momento della effettiva lesione del bene giuridico), e non soltanto in relazione a ciò che il soggetto *avrebbe potuto o voluto fare*, se lasciato libero.

Ancora, non v'è dubbio che espressioni quali 'associazione' o 'terrorismo' – nonostante l'entrata in vigore della norma definitoria di cui all'art. 270 *sexies* c.p., a sua volta pregea di segni linguistici estremamente vaghi – siano connotate da un forte tasso di indeterminatezza, e siano pertanto suscettibili *anche* di interpretazioni fortemente illiberali e repressive. Ma, anche qui, sarà essenzialmente l'opera dell'interprete a dover conferire contenuti precisi ai segni linguistici, in un'ottica di ricerca di un sostenibile punto di equilibrio tra le ragioni della repressione penale e, assieme, ai suoi limiti: imposti, le une e gli altri, dalla natura anfibia del diritto penale, strumento di tutela della collettività dal reo, e assieme *magna charta* del reo.

Il messaggio finale a questo punto non può che essere ancipite: si continui a discutere di rispetto della persona, di tutela dei diritti fondamentali, di libertà e di garanzie; ma si discuta *anche* di sicurezza della collettività contro un pericolo gravissimo, che sarebbe insensato sottovalutare soltanto perché *altri* strumentalmente lo sopravvalutano, magari prendendo a pretesto la difesa contro il 'terrorismo globale' per operazioni militari rivelatesi drammaticamente disfunzionali all'obiettivo dichiarato.

Una visione equilibrata della realtà indica che il contrasto ad un terrorismo estremamente pericoloso ed insidioso come quello di matrice islamico-fondamentalistica deve restare una *priorità politico-criminale* per gli ordinamenti occidentali (così come per moltissimi altri ordinamenti nel mondo, dall'India alle Filippine agli stessi Paesi islamici, che sono – non lo dimentichiamo – i più colpiti da questo sinistro fenomeno criminoso); una priorità per affrontare la quale non è però affatto necessario utilizzare la retorica e gli strumenti della 'guerra', né ipotizzare la formale proclamazione di formali 'stati d'emergenza'. Il diritto penale, che si è già più volte rivelato strumento *efficace* a combattere i vari terrorismi 'interni', è in grado di funzionare e *di fatto funziona* ancor oggi quale strumento di contrasto a *questo* terrorismo, proprio in quanto strumento in grado di intervenire *in tempo utile* – in particolare attraverso il meccanismo della *custodia cautelare* disposta in presenza di gravi indizi di attività *preparatorie* – per *prevenire* la commissione di attentati terroristici, oltre che per punire *ex post* i loro

esecutori e ideatori. La sfida che si spalanca alla dottrina penalistica contemporanea è, piuttosto, quella di contribuire a far convivere questa realtà di un diritto penale necessariamente *proattivo* – che mira a intervenire già *prima* che l'attentato terroristico sia commesso, nell'attuazione del suo compito primario di assicurare una efficace *difesa sociale* – con l'esigenza irrinunciabile di salvaguardare il più possibile anche l'*altro* volto del diritto penale, quello di *Magna Charta* del reo e del sospetto reo: alla ricerca, ripeto, di punti di equilibrio sostenibili. Nulla di più, ma – al tempo stesso – nulla di meno.

STEFANO FIORE

*È UNO SPORCO LAVORO, MA QUALCUNO
(IL DIRITTO PENALE?) DEVE FARLO*

Una conoscenza, anche approssimativa, dell'impatto che il tema del terrorismo, ha storicamente – e progressivamente – avuto sui sistemi penali consente al penalista minimamente avvertito di cogliere con immediatezza, al di sotto del discorso generale e dei diversi blocchi tematici di cui esso si compone, il fluire parallelo di un secondo livello problematico.

Tra i molti meriti che vanno riconosciuti a questo importante incontro di studio c'è anche quello di aver saputo portare alla superficie il livello 'carsico' del discorso, costringendo tutti noi a specchiarci in quelle acque. Ognuno dei dubbi sollevati, ciascuna delle incongruenze rilevate, tutte le aporie, gli strappi ai principi, tessono la rete fitta ed unitaria della vera questione: visto che il diritto penale è costretto ad occuparsi del terrorismo, fino a che punto può farlo senza diventare altro da sé?

Siamo tutti d'accordo, credo, riguardo alla necessità che il diritto penale difenda, insieme al suo ruolo, anche la sua identità (storica). Un aspetto privo dell'altro non ha infatti senso: il solo ruolo legittimo che può esser riconosciuto al diritto penale in uno Stato democratico è quello definito attraverso il riferimento ai principi che fissano i limiti della sua compatibilità con l'esercizio dei diritti fondamentali. Così come non credo sia dubitabile che tra i caratteri 'identitari' (e perciò legittimanti) di un diritto penale da Stato sociale di diritto dobbiamo inserire anche il suo 'dovere' di ritirarsi, quando non può, per qualsiasi ragione, svolgere il suo ruolo se non a costo di rinnegare la sua identità e poiché ci hanno insegnato che "ciò che limita, fonda", il mancato assolvimento di questo dovere porrebbe (e a quanto pare già pone) un problema di legittimità.

Riassumo e semplifico: il diritto penale deve lasciare che altri facciano un lavoro (sporco) che richiede un livello di adattamento all'oggetto che rischia di andare molto oltre il profilo meramente strumentale? Oppure, al contrario, è comunque un bene che il diritto penale si affermi come strumento privilegiato di intervento, proprio per evitare che altre agenzie istituzionali abbiano mani libere ed incontrollate?

Queste domande attengono anche alla necessità di garantire **nel** sistema penale e attraverso le regole **del** sistema penale un adeguato livello di rispetto proprio dei diritti fondamentali, la cui salvaguardia viene **necessariamente** in gioco quando lo strumento utilizzato è quello penale, per la sua connaturata ambivalenza rispetto ai diritti fondamentali. È proprio questa caratteristica, tuttavia, che garantisce un livello di 'vigilanza' alto sul diritto penale, là dove per altri strumenti, forse (apparentemente) meno invasivi, l'attrito applicativo con i diritti fondamentali si avverte meno e anche solo per questo il loro uso può presentare maggiori insidie.

Si dirà, e con ragione, che con il diritto penale la questione, in fondo, è sempre stata questa. Basterebbe por mente alla più classica ed abusata tra le metafore descrittive del funzionamento del diritto penale: l'immagine dell'arma a doppio taglio. È, allora, solo una questione di grado? Di misura, se si vuole, nel provvedere all'opera di affilamento di uno dei due tagli della lama? Forse sì, ma io credo che quando gli equilibri si fondano sulla continua ricomposizione di una contraddizione originaria e non eliminabile (ed è proprio questo che succede nella storia 'reale' del diritto penale), il nuovo equilibrio può risultare a volte spiazzante, difficile da giudicare proprio perché l'immagine ha modificato i suoi connotati e bisogna cercare nelle nuove sequenze la permanenza (o meno) di quei caratteri che ci consentono di attribuire le appartenenze o le estraneità genetiche.

La tutela dei diritti fondamentali è certamente uno di questi caratteri genetici primari del diritto penale negli stati democratici: serve cioè a legittimare anche il diritto penale (*persino* il diritto penale, direi!) all'interno di un orizzonte storico che definisce la persona proprio attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali; il terrorismo si pone, oggi in particolare, come antitesi di questa prospettiva; essendo portatore di valori incompatibili proprio con quel progetto di persona che rappresenta la ragion d'essere dei diritti fondamentali.

Ed allora? Cominciamo con il porre (chiedo perdono per questo) qualche scontata premessa.

Non vi è alcun retroscena retribuzionistico (spero che almeno su questo mi si possa fare credito) nella osservazione di una corrispondenza speculare tra i fenomeni della realtà presi in considerazione dal sistema penale ed il modo in cui quest'ultimo organizza il modello di risposta, anche in termini di intensità, ad esso affidata. Il diritto penale deve infatti dare conto di un'altra sua evidente anomalia, quella che lo 'costringe' a tenere insieme, in qualche modo, la piccola truffa e la

strage mafiosa. La presenza inevitabile di un certo grado di 'violenza' in un modello di intervento che si avvalga del diritto penale spiega perché al di sotto di certe soglie di gravità del fatto (ovviamente semplifico e schematizzo) bisognerebbe sempre evitare l'uso del diritto penale, mentre è proprio l'esistenza dei diritti fondamentali che spiega perché neppure per i fatti che toccano gli opposti estremi di gravità, il diritto penale possa in nessun caso 'adegursi' fino in fondo ai caratteri del fatto di cui si occupa.

Il modo di trattare penalmente i fatti non si differenzia quindi su basi retributive e ciò non solo perché questo risulterebbe irrazionale, oltre che, comunque, impossibile, ma perché il modo in cui i fatti diversi vengono, diversamente, trattati non riguarda solo la pena e la sua misura; in realtà, **proprio perché** le funzioni preventive della penalità non operano in tutti i casi allo stesso modo (e a volte non operano affatto), il modo complessivo di atteggiarsi del sistema punitivo, in tutte le sue componenti, deve essere differenziato razionalmente e risultare dunque comprensibile o almeno spiegabile. E quando dico "tutte le sue componenti", mi riferisco a tutto ciò che contribuisce al perseguimento di finalità che sono comuni all'intero sistema: dunque profili sostanziali (struttura della incriminazione, cornici edittali, ipotesi di non punibilità o di riduzione della pena, etc.), profili processuali (regole probatorie, etc.), regimi esecutivi e così via.

Questo schema si presenta dunque sempre problematico e sempre dinamico ma, volendo, è possibile dominarlo o almeno diminuirne il tasso di irrazionalità, in particolar modo aumentando la quantità e la qualità delle conoscenze empiriche presupposte alle scelte normative. Questo approccio virtuoso ai compiti legislativi, anche al di là della scarsa predisposizione del legislatore storico, sembra tuttavia possibile solo fino ad un certo punto per quel che riguarda la 'galassia' del terrorismo, in particolare quello di carattere o di matrice internazionale.

Mi sembra, infatti, di poter affermare che (almeno in Italia) quando l'ordinamento penale è stato chiamato a confrontarsi con il terrorismo 'interno' i termini delle questioni erano comunque diversi: i caratteri peculiari e 'nuovi' del fenomeno certamente proponevano al sistema penale una sfida di adeguamento, ma in fondo era possibile – non parlo dunque delle scelte normative concrete, ma della possibilità astratta – isolare, all'interno del fenomeno complessivo, alcuni ambiti sui quali il sistema penale poteva (o almeno avrebbe potuto) operare senza doversi porre eccessivi problemi di identità, ma soltanto (si fa per dire) realizzare adeguamenti evolutivi, certamente non marginali,

ma ai quali si poteva guardare con un minimo di realismo, a condizione di rimanere saldamente ancorati agli irrinunciabili limiti tracciati dalla stabilizzazione dei principi costituzionali in materia penale.

Con il terrorismo internazionale è sembrato invece a tutti chiaro che i margini di praticabilità di questo discorso si presentavano piuttosto ristretti. La questione, infatti, non si pone più, esclusivamente o principalmente, nei termini di una (sia pur significativa) rimodulazione degli equilibri tra termini conosciuti ed entro confini predeterminati, ma con il volto, tutto nuovo, di una progressiva presa d'atto che questa volta quello a cui non si vuole rinunciare non si trova tanto sul versante dei **limiti**, ma su quello opposto dei **risultati**, da raggiungere ad ogni costo!

La ragione prima sembra risiedere proprio nella irriducibile estraneità del diritto penale rispetto all'oggetto che, oggi, si trova di fronte, con la conseguenza di rendere tendenzialmente inesigibile nei suoi confronti la pretesa di perseguire gli obiettivi che gli sono propri. Il rapporto tra il sistema penale ed il terrorismo internazionale, per come esso oggi si manifesta concretamente, disegna un quadro di radicali ed insanabili incompatibilità (certamente più vasto dello schema minimo qui di seguito proposto).

Ed infatti, per poter svolgere le funzioni preventive e di tutela che gli sono proprie, il diritto penale:

dovrebbe, e non può, definire secondo determinatezza il suo oggetto, ma il terrorismo internazionale sfugge a questa possibilità;

dovrebbe, e non può, esercitare una capacità preventiva orientata su valori ai quali i terroristi non solo sono radicalmente estranei, ma che essi addirittura combattono mediante i loro atti;

dovrebbe obbligatoriamente operare attraverso lo schema della personalità della responsabilità penale, ma questo delimita un 'taglio' visuale del tutto inappropriato ad esprimere lo specifico 'senso' dell'atto terroristico e della sua genesi;

dovrebbe utilizzare il processo secondo la sua funzione (e natura) cognitiva applicando le regole di un contraddittorio che presuppone oggetti conoscibili empiricamente e fonti di prova strutturate su questo tipo di esigenza, ma 'messo alla prova' del terrorismo (internazionale) questo modello processuale, l'unico davvero compatibile con i principi costituzionali, mostra degli invalicabili limiti quando è chiamato a 'conoscere' quegli oggetti.

Se dunque il sistema penale non può svolgere secondo la propria 'natura' (definita dai principi) le funzioni che gli sono affidate (in un

ordinamento democratico!), allora è inevitabile che, una volta messo in campo, sarà usato o almeno rischia di essere usato per fare qualche altra cosa; in particolare adottando modalità ed assumendo forme che allentano i suoi vincoli (legittimanti) con le esigenze di tutela dei diritti individuali e ciò peraltro a fronte di un grado di efficienza prevedibilmente scarso, visto che il diritto penale svolge già abbastanza male, *normalmente*, i modesti compiti ordinari che gli sarebbero attribuiti.

E allora, torno a domandare, è un bene o un male che si provi ad operare con questo vecchio arnese? Tutti affermano – e con ragione – che il terrorismo internazionale si contrasta con i servizi di *intelligence*, con la politica internazionale, con mirate opzioni militari, etc., nessuno sostiene che lo si possa fare *davvero* con il diritto penale; ma nonostante queste condivise premesse il sistema penale, come un buco nero, ‘fagocita’ tutto quello che passa dalle sue parti, senza selezionare (ma è davvero possibile?) e trovandosi poi nella necessità di gestire (‘digerire’, se vogliamo proseguire nella metafora) questo materiale estraneo. A questo punto, inevitabilmente, il sistema penale si torce, si snatura, importa modelli estranei, con il rischio di implodere sotto il peso delle sue contraddizioni.

C’è chi, tra gli autorevoli relatori di questo convegno (Viganò), in altra sede ha osservato che una risposta con gli strumenti del diritto penale, per quanto ‘adattati’ e disponibili a qualche ‘concessione’ che tenga conto della assoluta particolarità della situazione, testimonia, comunque, l’intenzione di non cedere, almeno non cedere del tutto, alla logica bellica, incanalando la risposta lungo i binari ‘legalitari’ dello Stato di diritto. Si potrebbe osservare, in proposito, che, purtroppo, il più delle volte queste opzioni non si sono presentate come ‘alternative’, ma come integrative di una risposta anche di tipo bellico (e purtroppo la questione non ci vede estranei).

Così come non è più un fantasma evocato, ma un ‘corpo’ normativo molto concreto quello del *diritto penale del nemico*, ormai divenuto un *topos* della riflessione penalistica di questi ultimi anni ed in questi giorni di discussione più volte concretamente rappresentato.

Non è il mio compito (per mancanza dei mezzi prima che del tempo) quello di approfondire questo versante del discorso, molto più modestamente, vorrei offrire alla riflessione qualche minimo spunto sul problema del ‘grado di resistenza’ del diritto penale di un Stato di diritto alle «*vistose deviazioni – in un’ottica di ‘doppio binario’, o se si preferisce di ‘sottosistema’ o ‘sottosistemi’ – rispetto alle ordinarie modalità di contrasto contro la criminalità ‘comune’*» (Viganò).

All'assalto di quanti sottosistemi devianti può resistere il sistema penale, senza diventare esso stesso un sottosistema (residuale), omogeneo agli altri, con cui finirebbe per formare una vasta ed indistinta galassia di strumenti coattivi di controllo sociale? Quanto, questi sottosistemi (se e finché sono tali) possono 'deviare' senza perdere, se non altro, la loro connessione con il sistema 'madre' e dunque il suo precario e sempre rinegoziato equilibrio con diritti fondamentali?

Nel cercare una risposta dobbiamo sempre tenere presente che l'opzione penalistica si caratterizza perché le sue strategie di intervento implicano strutturalmente l'uso di strumenti concepiti per incidere, direttamente o indirettamente, sull'esercizio di una parte considerevole dei diritti fondamentali dell'uomo.

Bisogna tuttavia parlar chiaro ed evitare pericolosi scivolamenti nell'ipocrisia. Viviamo un'epoca in cui, ad esempio, siamo disposti (o almeno molti di noi lo sono) a cedere con una certa disinvoltura i nostri dati personali per ottenere gli inutili (e spesso orrendi) omaggi delle innumerevoli 'raccolte punti', legate all'acquisto di prodotti di largo consumo; mi sembra allora difficile (ed appunto un po' ipocrita) immaginare che si possa, ad esempio, fare le barricate in nome della tutela della riservatezza, quale limite al trattamento dei dati personali in relazione ad attività di *intelligence* o investigative riguardanti il terrorismo, naturalmente a condizione che ciò avvenga all'interno di regole predefinite, secondo il modello dello Stato di diritto.

Certamente più complesse ed ardue sono le questioni di 'bilanciamento' che si collocano in corrispondenza dell'area della libertà personale, dell'esercizio del diritto di difesa, del diritto ad un processo equo, del diritto a non essere sottoposti a trattamenti degradanti (non solo in sede di esecuzione della pena, ma ad esempio anche nelle fase delle indagini), etc., rispetto alle quali non è certo qui possibile fornire risposte o procedere ad analisi, ma soltanto suggerire un possibile approccio al tema.

Le mie osservazioni conclusive si propongono, dunque, non come una alternativa alle tesi 'forti' (presentate peraltro in forma problematica e discorsiva) formulate in questa sede dal Prof. Viganò, ma semmai costituiscono, rispetto ad esse, l'altro polo di una relazione dinamica, reciprocamente delimitativa, che muove alla costante ricerca di un equilibrio sistemico meno esposto alle pulsioni irrazionali di questi tempi difficili: questo polo dialettico esprime la necessità che sia sempre presente nel panorama 'concreto' del discorso, l'opzione della ri-

nuncia a perseguire 'a tutti i costi' la (improbabile e pericolosa) costruzione di una *specificità penale del terrorismo*, con il suo inevitabile carico di deviazioni, che produce solo il rischio, assai concreto e sperimentato, che certe svolte involutive vedano poi coinvolto l'intero sistema penale e non solo il singolo sottosistema di volta in volta in questione.

Credo, in altri termini, sia necessario che l'assoluta peculiarità del fenomeno terroristico per come oggi si presenta venga ricercata del tutto al di fuori dei sistemi penali ordinari. Tanto per rimanere nell'ambito dell'ovvio (che non coincide necessariamente con quel che avviene davvero!), si può fare ad esempio riferimento alla necessità di incrementare l'efficacia di strumenti di contrasto interno ed internazionale che operino sul piano finanziario, prosciugando i canali di finanziamento delle attività terroristiche ed ai connessi strumenti di sequestro e confisca ovvero alla possibile implementazione di forme di intervento, sanzionatorio e non, espressione di iniziative che muovono dall'interno delle organizzazioni sovranazionali; ancora, sia pure con molta cautela, si potrebbe pensare ad un possibile ruolo delle corti penali internazionali.

Al diritto penale dovrebbe invece essere lasciata la rozza evidenza degli 'effetti' del terrorismo, nonché la finalità di contrastare il suo, peraltro ricco ed articolato, contorno strumentale. Ma, se anche l'orizzonte penalistico fosse limitato solo a questo, sarebbe comunque necessario organizzare meglio le risposte penali (si pensi alle dense questioni sollevate dalle relazioni dei colleghi Flora e Maiello relativamente alle fattispecie associative), così come anche gli strumenti processuali, chiamati a dare applicazione alle opzioni del diritto sostanziale.

Ancora, certamente si può e si deve, nella prospettiva di ottimizzare la risposta penalistica, tanto sul piano investigativo che su quello strettamente processuale, migliorare le conoscenze empiriche non solo sul fenomeno terroristico in generale, ma anche sulle modalità operative 'locali' delle organizzazioni terroristiche.

Per quanto riguarda il nostro paese è ad esempio noto che sul territorio italiano sono presenti numerose 'centrali' dedite alla produzione di falsi documenti di identità da destinare agli affiliati alle organizzazioni terroristiche, che operano spesso in collegamento con la criminalità comune, organizzata e non; mi sembrerebbe una scelta seria e responsabile quella di verificare la possibilità di interventi legislativi atti a migliorare l'efficienza penalistica con riferimento a questo speci-

fico ambito di comportamenti illeciti, adeguandoli anche alle nuove realtà criminali rispetto alle quali sono serventi.

In questa prospettiva è senz'altro degno di attenta considerazione quanto riferito nella relazione, ricca di spunti interessanti, della collega spagnola Gonzales Cano a proposito della riforma del Codice Penale spagnolo in materia di esplosivi: la rilevazione empirica delle concrete modalità operative del terrorismo (interno ed internazionale) sul territorio spagnolo, ha infatti prodotto, tra le altre cose, una risposta legislativa che interviene sul versante penale, senza alterarne i caratteri costitutivi in vista del perseguimento di specifiche finalità politico criminali, con l'obiettivo di migliorare, anche mediante un'azione integrata (coordinamento con la disciplina amministrativa), l'efficienza dei sistemi di contrasto all'uso illecito delle sostanze esplodenti. Credo si tratti di un esempio utile a comprendere come, sul piano del metodo, sia possibile contrastare il terrorismo con gli strumenti del diritto penale senza l'ipoteca deformante del 'terrorismo'.

Purtroppo il panorama nazionale ed internazionale che in questi giorni di discussione ci è stato rappresentato sembra percorrere più di frequente altre strade e viaggiare verso sviluppi preoccupanti.

Se non si riuscirà a mantenere la tensione tra i due poli ai quali ho accennato, l'attuale legislazione penale, sostanziale e processuale, in materia di terrorismo internazionale rischia ad ogni passo di imboccare un canale stretto tra impotenza e disinvoltata destrutturazione del sistema, con l'effetto di avvitare spesso nel vuoto la spirale repressiva, che però, una volta innescata, non mancherà, prima o poi, di essere utilizzata quando invece trova 'materia' (e dunque 'carne e sangue') dove affondare i denti.

Queste le domande. Le risposte, ovviamente, le attendo da chi, diversamente da me, ha i mezzi per elaborarle.

GABRIELE MARRA

SALUS REI PUBLICAE, GARANZIE INDIVIDUALI E DIRITTO
PENALE ANTITERRORISMO

*«Propter enormitatem delicti
non concedenda conceduntur, [...]*
licitum est leges stragrendi»

(Baldo degli Ubaldi)¹

SOMMARIO

0. Prologo. 1. *Novità*; 1.1. *Questioni*. 2. *Idee e fatti*. 3. *Arma assoluta*; 3.1. *Difese illimitate*. 4. *Banalità criminale*. 5. *Senza confini*; 5.1. *Soluzioni globali*; 5.2. *Nuovi equilibri*. 6. *L'eccezione e i suoi modelli*. 7. *La definizione di terrorismo*: 7.1. *Eversione e terrorismo*; 7.2. *Contesto ed offesa*. 8. *Ineffettività*. 9. *Rimedi*. 10. *Opportunità*. 11. *Epilogo*.

0. – Prologo. «Lui sarebbe morto, e subito si sarebbero accorti dell'errore. Forse in un altro periodo, in un periodo di pace, gli uomini non si sarebbero comportati in questo modo, non avrebbero mandato a morte un individuo perché avevano paura. Tutti erano spaventati, tutti erano disponibili a sacrificare il singolo in nome della paura collettiva. Lo stavano per uccidere perché non potevano aspettare di accertarsi della sua colpa. Non c'era abbastanza tempo»². Una scena stilizzata di ordinaria 'giustizia' amministrata in tempi di crisi, che una moderna democrazia costituzionale non può mai, neppure in questi casi, permettersi il lusso di tollerare³.

1. – *Novità*. Gli attentati dell'11 settembre 2001 segnano uno spartiacque nelle esperienze delle politiche antiterrorismo: non soltanto negli Stati Uniti. L'idea della sicurezza assoluta da garantire ad ogni costo è, più o meno ovunque, divenuta la pietra angolare della politica criminale di prevenzione e contrasto del terrorismo internazionale, il

¹ M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Milano, 1974, p. 384. A questa fondamentale opera si rinvia anche per un'ampia illustrazione delle radici pre-moderne, ma ancora vive ed influentissime, del diritto penale politico e dell'emergenza.

² P. DICK, *Impostore*, Id., *Rapporto di minoranza e altri racconti*, Roma, 2002, p. 85.

³ A. BARAK, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism, Judgments of Israel Supreme Court: Fighting against Terrorism within the Law*, Gerusalemme, 2005, p. 9 ss.

fulcro attorno al quale ruotano i tutti tentativi di adeguare il sistema penale alla qualità della nuova minaccia⁴. Lo sdegno e la paura provocati dal crollo delle Torri gemelle hanno così innescato una pericolosa – e apparentemente irresistibile – corsa al ribasso nella tenuta delle garanzie che tradizionalmente assistono il diritto penale degli stati costituzionali di diritto.

La creazione di uno statuto penale derogatorio, che nega in radice la possibilità che il sistema possa ancora rimanere ancorato al rispetto della dimensione garantistica che gli è propria, può però essere solo in parte spiegata ricorrendo all'enormità del danno provocato dall'attentato suicida del 2001.

A supporto di questa conclusione si può infatti ricordare che nulla di analogo aveva caratterizzato la risposta che l'amministrazione statunitense ritenne di dover dare ad un atto terroristico di comparabile portata sotto il profilo quantitativo dell'offesa arrecata (Oklahoma City, 1994), seppur diverso quanto alla matrice ideologica e motivazionale sottostante.

Contrariamente a quanto si sarebbe indotti a credere, nemmeno il profilo da ultimo indicato è però sufficiente per spiegare il radicale mutamento di paradigma intervenuto nella legislazione antiterrorismo. Infatti, solo pochi anni prima (1993) gli stessi obbiettivi erano già stati colpiti da un'organizzazione che agiva in stretta coordinazione, ideologica ed operativa, con i medesimi autori ed entità resisi responsabili degli attentati dell'11 settembre. Ma nessuno, pur nella consapevolezza della pericolosità di quei soggetti, ritenne allora necessario ricorrere a misure di contrasto di natura eccezionale⁵, a decretare pubblicamente che *salus rei publice suprema lex est*.

La circostanza che questa metamorfosi abbia influenzato, seppur in misura variabile, gran parte delle legislazioni europee, ben prima che il terrorismo internazionale colpisse direttamente alcuni dei paesi di quest'area geo-politica, conferma ulteriormente che le ragioni di tale curvatura antigarantistica vanno ricercate anche in motivi diversi da fisiologiche considerazioni in merito alla qualità del potenziale di danno e della pericolosità degli autori⁶.

⁴ W. SOFKY, *Rischio e sicurezza*, Torino, 2004.

⁵ Su questi episodi L. NAPOLEONI, *La nuova economia del terrorismo*, Milano, 2003, p. 38 ss.

⁶ Un seppur sommario esame comparatistico consente di introdurre al merito della discussione la distinzione tra ordinamenti che, internalizzando pienamente l'e-

Sembra invero ragionevole ritenere che molto dipenda da una valutazione radicalmente nuova di questi fatti e del retroterra ad essi sottostante. Dal contesto. A partire dagli attentati del 2001 il terrorismo non è più considerato un 'semplice' atto criminale: è una minaccia sistematica, oltre che per ben definiti beni giuridici – individuali, collettivi ed istituzionali – per gli assetti di fondo della stessa democrazia occidentale. Una minaccia che, identificata con una tattica d'azione o con un'ideologia, si presenta in termini temporalmente indefinibili, fonte di un pericolo sempre immanente e strutturalmente permanente, neppure collocabile entro confini spaziali determinati. La de-strutturazione degli assiomi minimi del garantismo penale, operata sul piano della legislazione dell'emergenza quanto della prassi dell'eccezione, è conseguenza logica di questa premessa.

1.1. – *Questioni*. Occorre però chiedersi quali possano essere state le specifiche cause di questa mutazione nel modo di percepire la qualità delle minaccia e, di conseguenza, di ri-descrivere il profilo deontologico del diritto penale. Indagarle più da vicino è infatti ipotesi di lavoro accreditabile di ricche implicazioni euristiche sul piano della comprensione del diritto positivo e della politica criminale. L'occasione, altresì, per comprendere l'ormai maturo grado di accreditamento del diritto penale come vincolo alla violenza di Stato. Capace, nonostante l'immane pressione politica e sociale, di neutralizzare le spinte più eversive che da quelle voci promanano e di riaffermare le ragioni delle garanzie individuali: in molte occasioni costringendo il legislatore a raffreddare la sua baldanza preventiva, imponendogli di imboccare tortuosi percorsi di realizzazione di quell'ideologia repressiva ritenuta consona ai dichiarati obbiettivi di prevenzione illimitata. Sentieri lungo i quali gli apici di più marcata confliggenza con la dimensione di garanzia individuale vengono, via via, attenuati o totalmente dispersi. Tanto sul piano delle resistenze frapposte a livello di diritto sostanziale, quanto su quello processuale⁷. Resta però intatta la percezione dei

strema logica della difesa preventiva, non hanno esitato a dare vita a veri e propri regimi penali eccezionali (Usa e Gran Bretagna) e quelli che invece, pur rifiutando di curare la patologia terroristica solo con dosi omeopatiche di quell'idea, hanno cercato di contenere le spinte de-strutturanti derivanti alla logica dell'eccezione, sacrificando al raziocinio del 'diritto penale del nemico' solo alcuni segmenti delle rinnovate strategie di contrasto al terrorismo internazionale (Italia, Spagna, Francia). R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 100 ss.

⁷ La distinzione analitica di questi due momenti, nonostante il tendenziale supe-

vulnera inflitti alla logica dello Stato di diritto, almeno nella fase più acuta della reazione alla minaccia terroristica. Unitamente però alla fragilità di quella rivendicazione, ancora di recente andata incontro ad una clamorosa sconfessione, per di più ai massimi livelli, per la sua pretesa di detronizzare la primazia che lo Stato costituzionale di diritto assegna alla libertà individuale⁸.

2. – *Idee e fatti*. C'è sufficiente concordia nel ritenere che un ruolo di primo piano nell'attivazione di tali dinamiche vada riconosciuto a premesse di esclusivo spessore ideologico, che, è molto più di un sospetto, si sono alla fine rivelate strumentali al perseguimento di finalità ben diverse da quelle di necessaria tutela della collettività. *Slogan* come la «*war on terror*» o l'altrettanto evocativo richiamo a scontri di civiltà, a crociate contro l'«*asse del male*» o alle virtù della lotta contro gli agenti di «*stati canaglia*», sintetizzano al meglio questo retroterra della contemporanea politica antiterrorismo. Trasfigurazione secolare di quel 'supremo' principio della *salus animarum*, per sua statura deontologica insofferente ad ogni regola diversa da quella che, di volta in volta, essa stessa ritiene necessaria allo scopo.

ramento a cui vanno incontro nella più recente analisi scientifica, è una significativa chiave di lettura per indagare il genuino significato delle evoluzioni delle politiche penali di prevenzione e contrasto del terrorismo internazionale. L'affermazione delle ragioni del garantismo sembra infatti essere questione che interessa in modo esclusivo il momento dell'accertamento processuale. Le esigenze della Ragione di Stato possono invece fluire copiose al momento della definizione delle *figurae criminis*. Cfr., ad esempio, U.S. Supreme Court, *Hamdan vs Rumsfeld*, 548 U.S. 43, 2006. V. anche *infra* §§ 5.2 e 6. L'interazione tra i due momenti, da cui dipende la valutazione della caratura garantistica del sistema nel suo complesso, diviene così, negli intendimenti dei suoi fautori, un gioco a «*somma zero*»: nullo essendo il pregiudizio in definitiva arrecato ai diritti fondamentali della persona. La mancata perequazione tra i livelli di sensibilità garantistica interni alla dialettica tra il momento sostanziale e quello processuale, oltre a confermare la validità della distinzione tra «*legislazione eccezionale*» e «*giurisdizione dell'emergenza*» (L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma. Bari, 2002⁷, p. 844 ss.), è in realtà foriera di durevoli e forse non colmabili squilibri in punto di protezione dei diritti individuali, una volta preso doverosamente atto della minimalizzazione dei contenuti di garanzia che induce, sul piano dell'accertamento processuale, la presenza di fattispecie liquide, dai confini incerti ed animate dal più sferenato bisogno di protezione collettiva. Ai limitati fini di questo studio è comunque sufficiente rimarcare la vitalità della complessiva sensibilità garantistica del sistema penale anche quando ad entrare in gioco sono questioni di sicurezza dello Stato.

⁸ U.S. Supreme Court, 5 dicembre 2007, n. 06-1195, *Boumediene et al.*, v. Bush.

Limitarsi a denunciare la presenza di un superiore fattore politico-ideologico assorbente la comprensione del quadro delle questioni realmente in gioco, magari stigmatizzando a gran voce il «*diritto penale del nemico*»⁹ per essere lo stesso una giustificazione teorica ad esecrabili forme di autoritarismo penale¹⁰, appare però una soluzione che, pur segnando un passo in avanti nell'analisi, liberandola dalle sue più evidenti incrostazioni ideologiche, si dimostra eccessivamente riduttiva.

Non si dovrebbe infatti trascurare che in questa direzione non meno significativa appare la presenza di fattori il cui spessore fattuale non può essere negato¹¹. Verità troppo spesso trascurata, in ragione del vincolo esercitato dalle predette precomprensioni ideologiche, la cui presenza ha finito, nella migliore delle ipotesi, per alterarne il significato e la portata, nonostante la capacità di quelle costanti criminologiche di suggerire l'introduzione di opportuni accorgimenti nell'economia complessiva delle strategie di contrasto del terrorismo internazionale, in quanto necessari allo scopo di garantire l'obiettivo di un'effettiva tutela dei beni giuridici nel mutato quadro fattuale¹². Riflettere su questo profilo, senza minimizzare l'impatto che la concretezza dei fatti può avere sui risultati di questo sforzo, significa, in ultima analisi, aumentare le possibilità di pervenire ad un'effettiva razionalizzazione del dibattito politico criminale. Un obiettivo sempre importante, ma tanto più necessario in considerazione della non remota eventualità che con questo scenario di condotte illecite il diritto penale sarà ancora per lungo tempo chiamato a confrontarsi¹³.

3. – *Arma assoluta*. Il pensiero corre subito alla realizzazione degli attentati con le forme dell'atto suicida¹⁴. Il *modus operandi* dell'autore che immola se stesso trasformandosi nello strumento di realizzazione

⁹ G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, ZStW, 2005, p. 839 ss.

¹⁰ E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 757 ss.

¹¹ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 689 ss.

¹² M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, (a cura di) R. E. KOSTORIS / R. ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 22 ss.

¹³ W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, HRRS, 2006, n. 4, p. 130 ss.

¹⁴ Sulle implicazioni in tema di *policy* di questo peculiare tratto operativo del moderno terrorismo cfr. A. PAPE, *The Strategic Logic of Suicide Terrorism*, *American Political Science Rev.*, 2003, p. 1 ss.

dell'atto violento, si caratterizza per la contestuale presenza di «azione, ammissione di colpa» ed autocondanna alla totale eliminazione. Un tratto dell'azione terroristica che, se letto in termini più aderenti al *know how* penalistico, significa drastico accorciamento del periodo di latenza del pericolo sotteso alla nozione di idoneità quale limite a forme di legittimo arretramento della soglia di tutela, non esistendo più una vera e propria soluzione di continuità tra fase preparatoria e momento esecutivo.

Quanto basta per rendere obsoleto il modo con cui il diritto penale tradizionalmente realizza i suoi scopi di controllo sociale¹⁵. La garanzia di comprensibili esigenze di tutela a fronte di aggressioni portate con modalità siffatte, non può quindi essere realizzata se non attraverso un diritto penale di nuovo conio che accentui, secondo gli imperativi dettati dalla cieca necessità della sopravvivenza, la sue capacità di neutralizzazione preventiva¹⁶.

3.1. – *Difese illimitate*. Dovendo fare i conti con una costante azione criminale a bassa intensità, sulla quale si innesta il randomico ricorso ad atti di inaudita violenza, caratterizzati da una rilevante capacità di offesa – in ragione della micidiale arma di cui questa forma di terrorismo dispone e della dimostrata capacità di colpire anche in assenza di strutture logistiche stabili e sofisticate dal punto di vista organizzativo – la prevenzione alla quale il sistema aspira, perlomeno se vuole avere qualche *chance* di successo, non può quindi esitare ad imporre un'anticipazione estrema della soglia di tutela, che va ben al là dei pur ampi margini che gli ordinamenti sempre concedono quando si tratta di garantire la tutela della sicurezza dello Stato contro l'azione del 'nemico' interno. Fatalmente destinata ad implodere in forme di salvaguardia della "liturgia dell'obbedienza" quando, in questa sua spasmodica ricerca di prevenzione, qualifica come forme di aggressione all'integrità della personalità dello Stato condotte isolate ragionevolmente prive di quella idoneità lesiva che, distinguendosi alla mera attitudine, giustifica, e non solo nell'opinione della Corte di Cassazione, questo arretramento di fronte all'intatta vigenza del principio costitu-

¹⁵ U. BECK, *Un mondo a rischio*, Torino, 2003, p. 22.

¹⁶ In generale L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, *passim*.

zionale di offensività¹⁷. Così dimostrando la sempre verde vitalità delle radici pre-moderne di questa pagina del diritto penale politico¹⁸.

Una strada che, come dimostra la più recente esperienza, può con facilità condurre, oltre all'implementazione di forme *extra ordinem* di reazione penalistica ispirate ad un esclusiva idea di necessità (Guantanamo), ad una dissoluzione del diritto penale nella sostanza della violenza bellica e della guerra in una nuova forma di *ius criminalis*, di cui tende ad assimilare il lessico e le direttrici operative sotto il profilo dell'adeguatezza agli scopi¹⁹. In altri termini: percorrendo il piano scivoloso innescato dall'affermazione di logiche emergenziali si creano le condizioni per soluzioni che trovano nella violenza la risorsa in grado di dare una risposta efficace ai bisogni di sicurezza, veri o presunti che siano, ma anche il traguardo di un auspicato processo 'evolutivo' del diritto penale quale strumento di realizzazione della massimalistica aspirazione ad eliminare in radice ogni situazione per la quale è congetturabile anche la più remota prognosi di pericolosità.

Lineare è il percorso logico che conduce a questa conclusione²⁰. I terroristi con l'attentato dell'11 settembre del 2001 hanno nella sostanza scatenato una guerra. Questa non può essere combattuta con gli strumenti del diritto penale. Solo ricorrendo alla forza militare si può infatti sperare di vincere il conflitto in cui le organizzazioni terroristiche hanno precipitato le democrazie occidentali. Trattandosi, però, di una guerra che non può essere formalmente dichiarata, vista l'assenza di legami formali o funzionali tra le organizzazioni terroristiche e Stati, tali da impegnare la responsabilità internazionale di questi ultimi, l'impiego di risorse belliche può essere giustificato, per paradosso, solo in termini penalistici, quale strumento di salvaguardia di beni giuridici messi a repentaglio dall'azione criminale di questi «*unlawful*» o «*enemy combatants*». Su di essi – individuati ricorrendo, nella migliore delle ipotesi, a categorie formali senza diritto di cittadinanza nello *jus gentium* e senza sostanza pre-definibile – va quindi concentrato l'im-

¹⁷ T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile*, AA.VV., *Il delitto politico*, 1984, p. 169 ss; spec. 179. Cass. Sez. Un., 19 giugno 1957, Toffanin, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 137 ss; Cass. Sez. Un., 18 aprile 1970, Kofler, *Giur.it.*, 1971, II, p. 384.

¹⁸ Cfr., anche per la citazione, M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 117 ss; 175 ss.

¹⁹ A. CASSESE, *Il gendarme planetario*, *La Repubblica*, 11 gennaio 2007, p. 15.

²⁰ Altrettanto lo sono gli argomenti che segnano l'illegittimità costituzionale di soluzioni siffatte rispetto alla carta fondamentale italiana. Per tutti G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004, *passim* ma spec. p. 114.

piego delle risorse operative. È la neutralizzazione dei singoli e delle loro organizzazioni a divenire oggetto di ‘chirurgiche’ campagne belliche. Le operazioni militari diventano così azioni che si prefiggono finalità di ordine pubblico. I bombardamenti, più o meno intelligenti, vengono accreditati come misure di sicurezza ordinate per sterilizzare la pericolosità criminale di individui ed organizzazioni. La devastazione bellica viene invece intesa come esemplare forma di retribuzione del male commesso. L’occupazione militare come misura di prevenzione del rischio terrorismo²¹.

Di pari passo procede la bellicizzazione del diritto penale: delle sue parole d’ordine (“guerra contro il crimine”), della sua rappresentazione (“diritto penale del nemico”), dei suoi contenuti sostanziali (“completa neutralizzazione della minaccia”) e della sua filosofia di scopo (“sconfiggere il fenomeno del terrorismo internazionale”). Ma questa è cosa nota, ben prima dell’avvento del nuovo diritto penale antiterrorismo e quindi, se possibile, ancor più preoccupante: la dichiarata finalizzazione delle risorse penalistiche all’“annientamento del nemico assoluto” è fonte di preoccupazione in quanto le forme della sua realizzazione storica, molto più di quanto avviene in contesti di lotta a fenomeni criminali ordinari, scolorano rapidamente in vere e proprie forme di “non diritto”²².

Il prezzo che si deve pagare per inseguire il miraggio di una sicurezza assoluta è evidentemente altissimo: la regressione del diritto pe-

²¹ La neutralizzazione del pericolo solo per via bellica incontra però numerosi ostacoli. Fattuali (guerra asimmetrica), operativi (la c.d. *fog of war*), normativi (diritto internazionale generale e diritto della guerra) e, infine, economici. L’obiettivo richiede quindi di mettere in campo strumenti di profilassi criminale più incisivi che, evitando quegli ostacoli e coordinandosi con le misure di azzeramento del contesto, prevengano il rischio neutralizzando i sospetti. Ogni vincolo è così destinato a dissolversi all’interno di una declinazione fattuale della massima *salus rei publicae*. Una deriva che non conosce limitazioni, neppure quella, ineludibile per ogni sistema costituzionale e democratico, di riconoscere come individui portatori di diritti inalienabili anche il delinquente politico ed il “nemico”. I terroristi, in quanto “stranieri”, “combattenti illegali”, *Un-Personen*, sono così ridotti al “rango” di fonti di pericolo da neutralizzare con qualsiasi mezzo sembri necessario all’esasperata logica utilitaristica della razionalità di scopo. Ampiamente G. JAKOBS, *Terroristen*, cit., p. 836. Per una critica, in una letteratura ormai amplissima, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 32 ss, anche per la distinzione tra diritto penale del nemico e forme, «parzialmente legittime», di diritto penale della prevenzione.

²² F. MANTOVANI, *Diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 473 ss.

nale alla funzione di brutale strumento della violenza di Stato che non conosce altra legge se non quella inesorabile della necessità²³. Una scenario di recente registrato nei termini che seguono: «*Dal punto di vista politico l'acquisizione di potere da parte degli individui nei confronti degli stati segn[a] l'inizio di una nuova era della storia mondiale provocando il crollo dei muri che separano [...] i colpevoli e gli innocenti, i sospetti e i non sospetti. Finora questa distinzione è stata sempre garantita dal diritto, ma nel caso di*» un ritorno in auge della 'doverosa' necessità di allestire crociate contro il male (*rectius*: soddisfare esigenze di lotta senza quartiere a fenomeni delinquenziali di qualsiasi tipo), «*sarebbe il cittadino a dover dimostrare di non essere pericoloso. In una simile circostanza chiunque potrebbe essere sospettato di essere un potenziale terrorista e dovrebbe quindi accettare, pur senza aver fornito alcun pretesto al riguardo, di sottoporsi a controlli "per motivi di sicurezza"*»²⁴. Non può quindi stupire che questa forma degenerativa della reazione antiterrorismo sia stata paragonata all'«*inferno di Dante, stadio primitivo dell'evoluzione sociale*»²⁵.

4. – *Banalità criminale*. La vocazione anticipatoria deve poi confrontarsi con l'estrema difficoltà di tracciare *ex ante* una convincente linea di demarcazione tra condotte meritevoli di pena e azioni che non lo sono. Una soluzione ispirata al canone dell'offensività del fatto, è operazione quanto mai sfumata²⁶.

Si considerino, in proposito, le seguenti circostanze:

a) le modalità con cui il terrorismo ha dimostrato di saper colpire si confondono con attività routinarie (viaggiare in aereo, in metropolitana ad in altri mezzi pubblici, frequentare luoghi aperti al pubblico, fruire di mezzi di comunicazione, ecc.);

b) gli strumenti di cui si serve sono comuni nella vita di tutti i giorni (telefoni cellulari, sostanze chimiche contenute in fertilizzanti di uso quotidiano, medicinali, mezzi di trasporto, liquidi, ecc.), tutti liberamente reperibili sul mercato e tutti di libera circolazione. Una con-

²³ F. MUÑOZ CONDE / M. GARCIA ARAN, *Derecho penal. PG.*, Valencia, 2000³, p. 38 s.

²⁴ U. BECK, *Un mondo a rischio*, Torino, 2003, p. 24 s.

²⁵ L. A. ZAPATERO, (a cura di) L. Stortoni / L. Foffani, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, Milano, 2004, p. 18.

²⁶ Sulla strutturale indeterminatezza del diritto penale politico e dei delitti contro la personalità dello Stato restano fondamentali le precisazioni di T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 3 ss.

clusione che non muta quando la minaccia terroristica ricorre a mezzi la cui detenzione e produzione sono considerate penalmente rilevanti (armi, esplosivi, inneschi, ecc.). Anche in questo caso non sembra infatti possibile individuare con esattezza – *ex ante* – criteri descrittivi che le qualifichino, oggettivamente, rispetto ad ipotesi di criminalità comune;

c) la logistica, mancando l'articolazione della struttura organizzativa, si giova di un'ampia gamma di possibilità e di una vasta e indefinita rete di contributi. Anche il supporto materiale si confonde così con la normalità delle relazioni sociali²⁷;

d) le disponibilità finanziarie di cui necessitano le moderne organizzazioni terroristiche hanno, anche in termini assoluti, una scarsa consistenza. La macabra contabilità degli attentati terroristici segna, alla voce costi, cifre che vanno dai 500 mila euro che sono serviti per realizzare gli attentati alle *Twin Towers*, alle poche centinaia di sterline che sono servite per finanziare le stragi londinesi del luglio 2005, passando per i 10 mila euro spesi per gli attentati di Madrid²⁸;

e) il reclutamento, l'addestramento e, soprattutto, l'istigazione possono avvenire nelle circostanze e con le modalità più diverse, anche sfruttando le potenzialità offerte delle sfuggenti reti informatiche di comunicazione globale. Tutte ipotesi non sempre distinguibili da forme di legittimo esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.

Breve. L'azione del terrorismo, specie nella sua più recente fenomenologia suicidiaria, tramuta ogni oggetto, condotta o situazione in elementi *totipotenti*, ciascuno dei quali esprime, *in nuce*, un immanen-

²⁷ In parallelo si assiste anche al venir meno della praticabilità del ricorso a criteri selettivi, tipici dei tempi di guerra, corrispondenti alla nazionalità e alle frequentazioni "geo-politiche" dei sospetti. Le più recenti dinamiche della minaccia terroristica dimostrano infatti che il "nemico" è "tra noi" (*the enemy within*). Restano invece ancora validi, frutto di una quantitativa percezione esperenziale, il criterio del credo professato e quello dell'appartenenza ad una qualificata minoranza. Non occorrono molte parole per stigmatizzare l'intollerabile funzione discriminatoria che così si realizza. B. E. HARCOURT, *Rethinking Racial Profiling*, *Un. Chicago L. Rev.*, 2004, 1275 ss; ID., *Muslim profil post 9/11*, www.ssrn.com, 2006, p. 1 ss. Neppure necessitano sforzi argomentativi per sottolineare la loro sufficienza a legittimare, presso la maggioranza, provvedimenti che, utilizzati come presupposti almeno impliciti, danno corpo ad inaccettabili, quanto reali, forme di prevenzione e repressione, che dalla loro hanno la 'legge dei numeri'. Stimolante la lettura di C. S. SUNSTEIN, *Law and Fear*, *Social Research*, n. 71, v. 4, 2004, p. 1 ss.

²⁸ C. STAGLIANÒ, *Con cinque milioni tutti possono farsi un'atomica in casa*, *Il Venerdì di Repubblica*, 15 dicembre 2006, p. 83 s.

te pericolo per la sicurezza collettiva: tanto da trasformare i fattori che in via ordinaria accreditano come ubiquitario il rischio attivato da condotte 'tipiche' della vita quotidiana in elementi di un rischio penalmente tipico²⁹. Un pericolo tanto maggiore quanto più eterei e mutevoli sono le ragioni che giustificano interventi di agenzie di controllo.

Queste cursorie indicazioni sono sufficienti per suggerire l'impiego di strumenti di prevenzione penetranti e generalizzati e, sotto il profilo del diritto penale sostanziale, per giustificare l'opportunità di ricorrere a fattispecie ampie, dotate di una presa repressiva a largo spettro, adattabili, anche *ex post*, ad ogni possibile evenienza. Relegando ad 'ipotesi di scuola' la pretesa di operare scelte di criminalizzazione ispirate a canoni di necessaria selettività delle condotte meritevoli di pena. Prove tecniche di "diritto penale del nemico" che proliferano sotto il manto di una legalità rarefatta.

Se poi si aggiunge che il legislatore e le agenzie di controllo scontano un pesante *deficit* di conoscenza della nuova minaccia terroristica e si considera l'assenza di consolidate massime di esperienza circa la tipologia e il modo di operare delle organizzazioni criminali che le danno corpo, la circostanza di relegare ad un ruolo marginale la necessaria determinatezza delle fattispecie incriminatrici appare logica conseguenza della sinergia che si crea tra finalità securitaria, ormai assunta come connotato della razionalità di scopo del nuovo diritto penale antiterrorismo, e il quadro empirico-criminologico che caratterizza la minaccia.

Una situazione dalla quale è ben difficile uscire preservando la vitalità di tutti i tratti ideal-tipici del diritto penale 'nucleare' di tradizione illuministico-liberale. Non soltanto perché, come è oramai acquisito, quando si tratta di affrontare la delicata tematica della tutela della personalità dello Stato il diritto penale è avvezzo a ragionare in termini di spade e cannoni³⁰, ma, soprattutto, per l'apparente indisponibilità, tra l'altro, di soluzioni diverse da quella di ricorrere a fattispecie associative a struttura pura³¹.

A tal proposito è sufficiente sottolineare che il *Nichtwissens* preclude il ricorso a tecniche di tipizzazione quale, ad esempio, quella

²⁹ In generale L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 402 ss.

³⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, PS, vol. IV, Lucca, 1869.

³¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1996, p. 27 ss; G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1328.

adottata nell'articolo 416 *bis* c.p., dove il dato storico-sociologico relativo alla fissazione delle costanti proprie della logica operativa delle organizzazioni mafiose è stato utilizzato dal legislatore in funzione descrittiva della specificità del fatto associativo, introducendo, al contempo, un importante criterio di definizione di potenziali conflitti tra tipicità associative diverse³². Soluzione che attenuando uno dei vizi genetici che da sempre affligge la vita dei reati associativi, tendenzialmente garantisce percorsi ermeneutici e probatori non completamente affidati alla libera discrezionalità del decisore e, in ultima analisi, razionalmente controllabili anche sotto il profilo della loro rispondenza al quadro legale. Obbiettivo, di contro, difficilmente realizzabile quando si tratti di fare applicazione di esangui fattispecie, strutturate in termini meramente associativi. A maggior ragione quando, per fortuna di tutti, si debba verificare la sussistenza di delitti come quello di cui all'articolo 270 *bis* c.p. in assenza dell'effettiva realizzazione di delitti-scopo e, finanche, dell'esistenza di condotte preparatorie degli stessi.

5. – *Senza confini* – Vi è infine un ulteriore argomento che spinge verso una totale destrutturazione del diritto penale rispetto ai canoni di strumento di controllo sociale proprio di uno stato costituzionale di matrice liberale. La dimensione globale del pericolo-terrorismo. La circostanza di trovarsi di fronte ad una ramificata rete di organizzazioni che hanno pienamente dimostrato di poter agire, a differenza dei sistemi penali, senza subire alcun condizionamento dall'esistenza dei confini nazionali dei diversi Stati in cui si trovano ad operare; a strutture criminali che attuano un efficace decentramento delle loro attività criminali dislocando, ad esempio, i centri di reclutamento in luoghi diversi da quelli in cui si trasmettono le conoscenze operative necessarie a realizzare gli obbiettivi prefissati e da quelli, diversi ancora, dove si passa all'azione; che possono contare su di una lunga catena di finanziatori sparsi in ogni dove, sono tutti fattori che frenano in misura non trascurabile le capacità degli apparati di *law enforcement* di realizzare efficaci azioni di prevenzione e repressione. Questi ultimi si trovano infatti di fronte ad una difficoltà di non poco momento quando sono chiamati a ricostruire e giudicare fatti avvenuti nel territorio di uno Stato la cui esatta calibratura offensiva dipende però alla natura di eventi realizzatisi in spazi di sovranità diversi. Come avviene in

³² G. FORTI, *Art. 416 bis*, (a cura di) A. Crespi / F. Stella / G. Zuccalà, *Commentario breve del codice penale*, Padova, 1999³.

tutti i casi, ordinari per la prassi applicativa italiana, in cui si debba definire come organizzazione finalizzata al compimento di atti di terrorismo internazionale una “cellula in sonno” od un organizzazione che, senza immediata vocazione operativa, agisce in Italia allo scopo di trovare fondi, falsificare documenti, reperire risorse umane da porre, almeno in astratto, a disposizione di gruppi anche solo genericamente ispirati a scopi terroristico-eversivi.

Ciò è dovuto, più in particolare, alla circostanza che, in assenza di reti effettive ed efficaci di cooperazione giudiziaria, non è sempre del tutto agevole acquisire un soddisfacente quadro informativo sulla consistenza e la tipologia degli scopi che l'organizzazione si propone di conseguire all'estero. Quanto basta per rendere oltremodo difficoltosa la ricostruzione dell'adeguatezza della singola struttura criminale – sotto il profilo della sua capacità offensiva – anche rispetto al contesto complessivo in cui si colloca e arduo il reperimento di dati ed informazioni che possano dare ragione dell'effettiva esistenza di questo legame e, quindi, della pericolosità della cellula terroristica rispetto ai beni giuridici tutelati. Per la sua centralità su questo punto occorre soffermarsi³³.

5.1. – *Soluzioni globali.* Nella piena consapevolezza dell'esistenza di siffatte difficoltà, sono state rapidamente sviluppate una pluralità di iniziative tese ad implementare i sistemi di cooperazione interstatuale ritenuti necessari a scongiurare la non remota eventualità che deficienze informative potessero in negativo influenzare l'effettività delle predisposte reti di tutela. Oltre ad avere introdotto obblighi di criminalizzazione di ogni attività di finanziamento del terrorismo, sono così stati realizzati centralizzati sistemi di prevenzione incentrati sul congelamento dei beni e delle risorse appartenenti a soggetti considerati implicati, direttamente o indirettamente, nella rete terroristica, e sulla previsione di una vasta gamma di misure interdittive a carico degli stessi. Espressione della necessità di fronteggiare il pericolo terrorismo su basi realmente sopranazionali, ma anche della difficoltà di trovare efficaci rimedi sul piano strettamente penalistico, questo sistema, che vede impegnati in prima linea il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e il Consiglio dell'Unione Europea, ricevendo altresì importanti contributi dalla Banca mondiale, dal Fondo monetario internazionale, e dal *Finacial Action Task*

³³ *Infra* § 7.

Force – Groupe de action Financiare, si incentra per intero sui risultati della collaborazione intergovernativa³⁴. È infatti a decisioni adottate da organi del potere esecutivo o da loro emanazioni che viene riservato il compito di identificare i soggetti da sottoporre alla formalmente temporanea misura ablativa del congelamento, mediante la formulazione di indicazioni nominative da trasfondere in c.d. *black lists* dotate di valore tendenzialmente universale³⁵. Essere soggetto incluso in uno di questi elenchi costituisce il presupposto esclusivo per l'applicazione delle misure di prevenzione in precedenza elencate.

5.2. – *Nuovi equilibri*. Non interessa ora entrare nel dettaglio delle problematiche connesse a questo inedito compendio di risorse preven-

³⁴ E. ROSI, *L'ONU e la UE e la lotta al terrorismo globale: ecco le norme contro chi finanzia Bin Laden. Confische guerra al riciclaggio per bloccare i gruppi criminali*, *Dir. giust.*, 2004, n. 38, p. 54 ss. La funzionalità di questi sistemi di prevenzione dipende anche dalla qualità dell'apporto fornito dalle agenzie di *intelligence* e dall'efficacia del contributo conoscitivo messo a disposizione dalle istituzioni private destinatarie della delega rilasciata, da parte del legislatore, ad operare in qualità di pubbliche vedette del rischio (professionisti), di filtri dei flussi informativi (*internet providers*) o di vere e proprie agenzie di sicurezza a livello decentrato (istituzioni finanziarie). In tutti i casi, dall'effettività di un sistema di prevenzione di natura mista, pubblico/privato, parallelo a quello solo pubblico proprio della funzione statuale di *law enforcement*. Volendo cfr. Ga MARRA, *Network Neutrality as a Regulatory Tool: Implications for Crime Prevention and Criminal Law Enforcement*, Aa.Vv., *Proceedings of the First International Workshop on Neutral Access Network*, IEEE Computer Society Conference Publishing Service, 2009, 567 ss.; Id., *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009.

³⁵ Questo aspetto merita almeno un ulteriore appunto, giustificato: a) dalla diffusione, anche a livello nazionale, di sistemi sanzionatori ancorati all'esistenza di provvedimenti di etichettamento; b) dagli effetti extraterritoriali che le designazioni operate dai singoli Stati hanno dimostrato di poter produrre nella prassi applicativa di altri Paesi (v. Trib. Brescia 31 gennaio 2005, H. + 1, *Dir. & Giust.*, 2005, n. 6, 35 ss); c) dalle univoche indicazioni che una siffatta indagine può fornire circa l'avvenuta modificazione delle priorità politico-criminali all'interno delle strategie di prevenzione e contrasto del terrorismo internazionale. Come dimostrano, ad esempio, le profonde diversità che caratterizzano l'ordinaria procedura di catalogazione delle organizzazioni terroristiche impiegata dall'amministrazione statunitense (*Antiterrorism Act* del 1990 e successive integrazioni in relazione alla designazione delle cc.dd. *Foreign Terrorist Organizations*) rispetto a quella eccezionale disciplinata dall'*Executive Order n. 13244 – Blockin' property and Prohibiting Transactions with persons, who commit, tolerate to commit or support Terrorism* dell'ottobre 2001, che, a differenza della prima, si caratterizza per una quasi assoluta discrezionalità decisionale: non consente infatti il riesame giudiziario della designazione e, a 'monte' garantisce l'immunità delle scelte del potere esecutivo dal controllo del Congresso.

tive del rischio-terrorismo, ma solo indicare la circostanza che si tratta di un complesso di misure la cui gestione è affidata ad organismi che assommano in un'unica istanza il compito di accusare, giudicare, dare esecuzione alle 'condanne', procedere alla loro eventuale revisione. Un sistema che non contempla, se non marginalmente, alcun controllo di tipo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri discrezionali in base ai quali avviene l'inclusione nelle moderne liste di proscrizione, né sulla legittimità dell'impiego degli strumenti sanzionatori previsti. Le evoluzioni nel frattempo intervenute a livello di giurisprudenza comunitaria, intese a ridurre i margini dello iato che separa questa speciale normativa di prevenzione finanziaria dai canoni che debbono presiedere l'ordinaria fisiologia di interventi di questa natura – essenzialmente perseguiti estendendo gli spazi del controllo giudiziario alla decisione di *listing* – hanno avviato un significativo ripensamento della materia che, tuttavia, per espressa indicazione del Tribunale delle Comunità europee, deve ritenersi limitato ai soli provvedimenti adottati sulla base della disciplina comunitaria di fonte regolamentare. Restano invece esclusi dal 'ripensamento' garantistico i provvedimenti adottati in forza di provvedimenti normativi di istituzioni diverse (Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in primo luogo)³⁶.

Forse distratti dall'impellente domanda di sicurezza che occorreva soddisfare, ci si è originariamente dimenticati del monito di chi ha osservato che il giudizio reso dalla parte non è giudizio ma decisione rivoluzionaria³⁷.

³⁶ Tribunale di prima istanza delle Comunità Europee – Sez. II – 12 dicembre 2006, *Organisation des Modjahedines du People d'Iran v. Consiglio UE* (Causa T-228/02), *Cass. pen.*, 2008, 1305 ss. V. anche A. BALSAMO, *Terrorismo internazionale: verso la valorizzazione del controllo giurisdizionale sul congelamento dei beni*, *ivi*, 2008, p. 1313. Dall'esame della giurisprudenza comunitaria emerge altresì l'indicazione, la cui validità non ha però ancora trovato espressa conferma giudiziale, a riconoscere il diritto al risarcimento del danno a favore di quanti erroneamente inclusi in una delle liste di proscrizione antiterrorismo da attivare di fronte al giudice nazionale. Cfr. A. BALSAMO, *Misure contro il terrorismo: risarcimento del danno per erronea inclusione nelle liste dei soggetti coinvolti in atti terroristici*, *Cass. pen.*, 2008, p. 3089 ss. Quest'auspicio può tuttavia essere letto come conseguenza 'inevitabile' dell'assoluta 'signoria' esercitata da istanze di prevenzione il cui soddisfacimento non può esigere condanne di innocenti ma non può escludere che ciò avvenga. In questi casi all'individuo resta, dunque, solo la possibilità di un ristoro una volta 'scoperto' il sacrificio a suo carico indebitamente imposto dall'esigenza di utilità sociale. Cfr. B. ACKERMANN, *The Emergency Constitution*, *Yale Law Journal*, 2004, p. 1029 ss.

³⁷ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 31 s.

La cursoria ricostruzione del quadro normativo emergente dalle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite e dai Regolamenti comunitari evidenzia, nei suoi riflessi sugli ordinamenti interni, un ulteriore motivo di preoccupazione: la univoca sovraesposizione del potere esecutivo. Non si tratta di un profilo nuovo, né sconosciuto alle esperienze nazionali, dove le situazioni di emergenza vedono sempre un aumento della centralità dei poteri governativi nella predisposizione degli strumenti di prevenzione e repressione dei comportamenti eccezionalmente disfuionali³⁸. Deve tuttavia essere ulteriormente rimarcato, non foss'altro per la decisa accelerazione che imprime ad una rimodulazione dei rapporti tra poteri che, anche formalmente, finisce per esautorare il contributo che soggetti istituzionali diversi possono assicurare all'ideazione e all'ingegnerizzazione della politica criminale antiterrorismo, anche in punto di reale salvaguardia dei diritti individuali (autori e vittime) coinvolti.

Una conclusione che appare non meno preoccupante delle contorsioni imposte al diritto penale dall'emergenza securitaria. A maggior ragione quando, innestandosi sullo speciale statuto di tutela approntato per scopi di prevenzione senza confini, ciò accentua la complessiva deriva del sistema verso risultati che generano una forte sensazione di disagio in chiunque tenti di decrittare i contenuti e le tendenze nella prospettiva personalistica a chiare lettere fissata dalla Costituzione.

6. – *L'eccezione e i suoi modelli*. Anticipazione della soglia di tutela. Generalizzazione della portata applicativa delle fattispecie incriminatrici. Neutralizzazione della pericolosità soggettiva. Sconvolgimento dei rapporti tra poteri. Il tutto reso 'democraticamente' accettabile dalla paura, alimentata, più o meno ad arte, dalla politica e dai mezzi di comunicazione di massa³⁹. Panico che non si disdegna di mantenere accreditando l'ipotesi di apocalissi nucleari, chimiche e biologiche come futuro prossimo della violenza terroristica⁴⁰.

Sono questi alcuni dei tratti caratteristici del moderno diritto pe-

³⁸ W. SOFSKY, *Rischio e sicurezza*, cit., p. 151.

³⁹ A. DINO, *I mass media e i "nemici" della democrazia*, AA. VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, *Quest. giust.*, (numero monografico), 2006, p. 824 ss. Più in generale, W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: una messa in scena della realtà*, *Ars interpretandi*, 2004, p. 147 ss (dell'estratto) che sviluppa una tesi eterodossa rispetto al consueto mondo di intendere i rapporti tra "circo mediatico" e giustizia penale.

⁴⁰ Significativa l'indagine di P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 13 ss.

nale antiterrorismo, che hanno raggiunto nella legislazione statunitense il loro *zenith*, ma che non hanno lasciato insensibili gli ordinamenti di paesi diversi. Pur ripudiando la radicalità dell'approccio segnato dal *Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (meglio noto con l'acronimo di *USA Patriot Act*) e dall'ordinanza militare del Presidente *Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizen in the War against Terrorism*, molti Stati hanno infatti ritenuto di doverne condividere le finalità: impegnandosi nella ricerca di soluzioni alternative egualmente funzionali alla creazione di un sistema penale capace di assolvere con efficacia i nuovi compiti assegnatigli.

Un obbiettivo la cui realizzazione non richiede di necessità il ricorso ad un formale stato di eccezione costituzionale, tale da consacrare la liberazione del potere sovrano da vincoli diversi dalla generica opportunità⁴¹. Lo slittamento verso forme di intervento penalistico solo incentrate sui bisogni di tutela della collettività può infatti avvenire anche seguendo percorsi meno evidenti, ma non meno pericolosi per la tenuta di garanzie fondamentali in ogni stato costituzionale di matrice liberale⁴². Ricorrendo, ad esempio:

a) alle 'virtù' preventive di fattispecie nelle quali, per la povertà dei dati descrittivi utilizzati, la finalità soggettiva diviene l'unico criterio discriminante tra condotte lecite ed azioni meritevoli di pena. Lo attesta la lettura di alcune significative decisioni giurisprudenziali che hanno insistito nel ritenere sufficiente ai fini della sussistenza del delitto di cui all'articolo 270 *bis* c.p. anche la semplice «adesione ideologica» a propositi criminali⁴³, incuranti delle perplessità che suscita una così marcata rivitalizzazione di forme di diritto penale d'autore. Il recente 'ripensamento' giudiziale, a tenore del quale ai fini della configurabilità del fatto associativo è necessaria l'esistenza di una struttura organizzata, che «*deve presentare un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del programma criminoso*» – ammesso e non concesso che di revisione effettiva si tratti – è ampiamente compensato dal riconoscimento della possibilità di ricorrere alle 'virtù punitive' proprie del c.d. concorso esterno nel reato associativo, configu-

⁴¹ Ricca di implicazioni, anche per il tema che occupa queste riflessioni, la lettura di G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Torino, 2005, p. 19 ss.

⁴² M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 19 ss.

⁴³ Cass. 25 maggio 2006, GD, 2006, n. 44, 66. L. D. CERQUA, *Al reato di terrorismo non basta l'ideologia*, *Il Sole-24 Ore*, 25 agosto 2006, p. 23.

rabile, a parere della Corte, in presenza di condotte che apportano un contributo «eziologicamente rilevante sulla conservazione, sul rafforzamento e sul conseguimento degli scopi dell'organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali»⁴⁴. Anticipazione che è tuttavia sembrata al legislatore troppo poco concedere alle ragioni della necessità di tutela, tanto da giustificare un'ulteriore decostruzione di questa apparente tipicità delittuosa in corrispondenza di comportamenti (arruolamento, addestramento, istigazione) stimati come fonti di pericolo per gli interessi della sicurezza anche se commessi monosoggettivamente (articoli 270 *quater*, 270 *quinquies* e 414 comma 3 c.p.);

b) al rilascio di generiche deleghe in favore di strumenti di profilassi criminale *ante-delictum*, in forza delle quali compiti propri del diritto penale vengono traslati a strumenti punitivi di altra natura che, in ragione del dato formale/nominalistico che li caratterizza, sono sottratti al rigido quadro di garanzie che la Costituzione riconosce in materia criminale (articolo 3 legge n. 155/2005). Una manovra che, incurante di essere tacciata come l'ennesima ipotesi di "frode delle etichette", non ha altra formale giustificazione se non quella di aumentare le capacità preventive del sistema, senza doversi troppo preoccupare della sicurezza dei diritti.

L'istinto all'autoconservazione della Ragione di Stato non ha lasciato indenne la giurisprudenza, che ha risposto agli 'acuti' bisogni di tutela rafforzando – spesso oltre misura – il peso di argomenti dedotti dal *favor societatis*:

a) formulando letture delle fattispecie incriminatrici in termini di «pericolo presunto iuris et de iure» e favorendone applicazioni che colpiscono fatti solo indirettamente pericolosi per la salvaguardia degli interessi tutelati⁴⁵;

b) individuando il bene giuridico tutelato in interessi ad amplissimo spettro (la sicurezza pubblica mondiale) privi di qualunque afferabile referente oggettivo preesistente alla formalizzazione legislativa e, pertanto, non concretamente offendibili⁴⁶;

⁴⁴ Cass. 11 ottobre 2006, Bouyahia, *Cass. pen.*, 2007, p. 1462 ss. Il dubbio espresso nel testo si alimenta del richiamo alla mera possibilità e della comune conoscenza che "tutto è possibile".

⁴⁵ Cass. 25 maggio 2006, cit., p. 66.

⁴⁶ E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen proc.*, 2002, p. 156; G. FIAN-DACA / A. TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, (a cura di) G. De Chiara, *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2004.

c) praticando percorsi ermeneutici ispirati dal comune sentire o, che è lo stesso, alla comune volontà del corpo sociale espressa per il tramite delle istanze della rappresentanza politica⁴⁷;

d) facendo penetrare nella tipicità dei fatti delittuosi, quali elementi costitutivi o criteri di prova degli stessi, coefficienti del tutto incompatibili con la salvaguardia di fondamentali garanzie costituzionali (separazione dei poteri, riserva di legge, diritto di difesa, presunzione di non colpevolezza, ecc.). È il caso delle designazioni di gruppi ed organizzazioni contenute nelle liste delle associazioni terroristiche, utilizzate quale elemento essenziale del fatto di reato, ad esempio, negli artt. 2 *bis* e *ter* del decreto legge 28 settembre 2001 convertito in legge 27 dicembre 2001 n. 145 e successive modificazioni⁴⁸. Analoghe considerazioni possono essere fatte valere quando si passi ad analizzare le decisioni di quella parte della giurisprudenza che ha pensato di poter superare l'indeterminatezza caratterizzante la formulazione, *post* 2001, dell'articolo 270 *bis* c.p., integrando la tipicità del reato associativo attraverso designazioni contenute in *black list* internazionali⁴⁹. Soluzione che valorizzando segnalazioni caratterizzate da un'eccessiva generalità, altera, tra le altre cose, l'esatta ricostruzione della qualità del rischio penale attivato dalla condotta associativa⁵⁰: con tutti i negativi riflessi che ciò comporta sotto il profilo del rispetto del carattere personale della responsabilità⁵¹. Una deriva che, di recente, sembra essere definitivamente arginata dal deciso intervento della Corte di Cassazione, a tenore del quale «l'inclusione di un'organizzazione negli elenchi di asso-

⁴⁷ Trib. Brescia 31 gennaio 2005, cit., p. 35 ss.

⁴⁸ Si tratta, in entrambi i casi, di una scelta che, pur volendo respingere l'idea di poterla prendere in considerazione quale 'inconsapevole' dichiarazione di intenti, sconta una vocazione simbolica piuttosto evidente trattandosi di delitti che rinviano, *quod poenam*, ai reati di favoreggiamento bellico e di commercio con il nemico (artt. 247 e 250 c.p.) in assenza del requisito formale del «tempo di guerra».

⁴⁹ Variamente orientate Cass. 30 settembre 2005, Drissi, *D. & G.*, 2005, n. 44, p. 78 ss; Cass. 15 giugno 2006, T.S., *GD*, 44, 2006, p. 61 ss (secondo cui della finalità di terrorismo va data prova secondo le regole proprie della legge processuale).

⁵⁰ Trib. Milano 23 novembre 2003 citato in L. DAMBRUOSO, *Cenni sullo stato attuale del dibattito sulla compatibilità di due momenti derivanti dai recenti fatti terroristici: diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, L. BAUCCIO, *L'accertamento del fatto di terrorismo internazionale*, Milano, 2005, XIX.

⁵¹ Un'illustrazione *in action* in G. D'AVANZO, *Se il senso comune diventa legge*, *La Repubblica* 2/2/2005. Per un'accurata ricostruzione del quadro teorico cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 343 ss ed *ivi* ampi riferimenti.

ciazioni terroristiche [...] non può mai assumere valore di prova delle finalità di terrorismo perché in contrasto con la legalità processuale»⁵².

7. – *La definizione di terrorismo.* Quanto mai indicativa delle incertezze, spesso strumentali, che permeano la più recente esperienza in materia di prevenzione e contrasto delle attività terroristiche, è la vicenda relativa alla definizione della finalità di terrorismo internazionale. Inizialmente nulla più che un esangue riferimento nominativo, riempibile a sostanziale piacimento dell'interprete, tale elemento di fattispecie è oggi divenuto oggetto di un'articolata norma definitoria (articolo 270 *sexies* c.p.) che, riprendendo le indicazioni formulate in sede comunitaria, ha tentato di fissarne in modo esaustivo i requisiti costitutivi.

Si può esprimere più di una riserva sul fatto che l'operazione "trasparenza" descriva esattamente la specifica *intentio legis*, così come, pur ammettendo l'inconcludenza dell'ipotesi da ultimo formulata, sulla circostanza che la novella del luglio 2005 riesca a garantire un grado di determinatezza delle fattispecie alle quali la definizione accede, sufficiente ad impedire la manipolazione, più o meno emergenziale, del loro ambito applicativo⁵³. Non si possono tuttavia non apprezzare, tra le molte ombre che ancora persistono sul punto, le positive implicazioni della novità introdotta con l'articolo 270 *sexies* c.p.

⁵² Cass. 11 ottobre 2006, cit., p. 1473 ss. Al vaglio di legalità non è sottratta la gestione della prassi dell'emergenza. Gli esiti di tale verifica restano ad oggi incerti; documentata è però la propensione *extra ordinem* degli apparati di sicurezza dello Stato. C. BONINI/G. D'AVANZO, *Il mercato della paura*, Torino, 2006, 265 ss.

⁵³ In realtà quella fornita dall'articolo 270 *sexies* c.p. non è l'unica definizione di terrorismo prevista dal legislatore italiano. Ad essa si affianca quella diversa fornita dalla l. n. 69/2005, con la quale è stata recepita la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo. Si profila così una dicotomia tra definizione valida a fini penali – formulata in linea con quella contenuta nella decisione-quadro del 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 – e quella efficace nei rapporti di collaborazione internazionale – che invece presenta più di un punto di divergenza con la normativa europea da ultimo citata –. Va però sottolineato che, alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la norma comunitaria prevale sul diritto penale interno, nella forma dell'interpretazione conforme, anche quando si tratti di discipline contenute in testi comunitari non immediatamente applicabili, alla sola condizione che il legislatore abbia assolto il suo obbligo di recepimento (c.d. decisione Pupino). Sarà dunque direttamente l'interprete a dover correggere, anche al di fuori dei limiti fissati dalla legge attuativa e con il solo limite del divieto di analogia, eventuali discrasie tra la definizione comunitaria in precedenza ricordata e quella nazionale di cui alla l. n. 69/2005. Cfr. V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, Cass. pen., 2006.

7.1. – *Eversione e terrorismo*. Il primo motivo di interesse è fornito dall'equiparazione tra terrorismo ed eversione.

Senza poter considerare in tutta la loro portata le implicazioni di questa scelta⁵⁴, è sufficiente evidenziare che la decisione di colmare la tipicità apparente di una fattispecie come quella di cui all'articolo 270 *bis* c.p. ricorrendo ad una definizione di finalità terroristica che la parifica a quella eversiva è soluzione che può innescare un'inversione di tendenza rispetto ai risultati di un'elaborazione da tempo indirizzata a mantenere separati i due mondi criminali. Con riflessi importanti, ad esempio, in merito all'esatta ricostruzione della tipicità della condotta criminosa: richiedendosi, nel caso dell'eversione, l'accertamento dell'esistenza di un gruppo stabile ed organizzato, poiché, come si è osservato, solo la presenza di un'associazione criminale con tratti di articolata permanenza può essere in grado mettere in pericolo la vita delle istituzioni. Profilo considerato invece tendenzialmente irrilevante quando si tratti di atti criminali compiuti per "semplici" finalità terroristiche, in ragione della possibilità di realizzare quegli scopi anche in assenza di un'organizzazione di supporto⁵⁵.

L'equiparazione tra terrorismo ed eversione rende così possibili, almeno in linea teorica, letture unificanti della tipicità dei fatti associativi di matrice politica e terroristica, attestate sulla necessaria presenza di profili di stabilità e di un sufficiente grado di organizzazione. Soluzione che appare maggiormente aderente alla consistenza del dato positivo laddove, con l'espressione «*grave danno*», una volta esclusa la sua valenza sinonimica rispetto a 'serio allarme sociale', il legislatore fissa una soglia di rilevanza oggettiva della condotta che si pone molto al di là della semplice idoneità lesiva di cui possono essere accreditate

⁵⁴ Il nodo problematico, soprattutto se si considera l'assenza di riferimenti alla violenza nella definizione in commento, è rappresentato dalla possibilità di considerare come terroristico ogni atto di disfunzionale contestazione di qualsiasi *status quo* politico. Circostanza, che molto sembra concedere alle ragioni della sovranità come principio di autoregolazione politica (cfr. L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, cit., 850) ma che, ai fini dell'interpretazione del diritto positivo, molto sembra concedere anche alla flessibilizzazione degli elementi che compongono la definizione qui in esame. Una preoccupazione che deve ritenersi fondata nella misura in cui si concorda sul fatto che, nella prospettiva della *rebellio* al potere costituito, ogni parametro diviene più incerto perché la sua definizione è inestricabilmente connessa alla manipolabilità della ragione politica. Cfr. Ass. Milano 9 maggio 2005, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 821 ss.

⁵⁵ G. A. DE FRANCESCO, *Leg. pen.*, 1981, 37. Cass. SS.UU 15 settembre 2005, Mannino, *Foro it.*, II, 2006, p. 90 ss.

associazioni criminali di natura estemporanea. Conclusione che, se condivisa, dovrebbe indurre, nel segno della distinzione intercorrente tra fatto associativo e mero accordo, ad una stabile revisione della diffusa contraria opinione⁵⁶.

7.2. – *Contesto ed offesa*. Tralasciando ogni ulteriore approfondimento sui sicuri aspetti positivi di questa scelta, in sostanza coincidenti con l'opportuno recupero della dimensione offensiva dell'ipotesi delittuosa in commento, interessa ora sottolineare, sviluppando quanto in precedenza osservato circa la specificità della 'rete delle terrore', che così facendo si rischia di mettere in discussione uno dei punti cardinali della politica criminale antiterrorismo ma, soprattutto, di spingere l'interpretazione del diritto positivo verso un suo disallineamento con le specificità criminologiche della moderna minaccia terroristica, attestate, converrà ripetere, sulla diffusione di strutture operative cellulari globalmente dislocate, prive di centri nevralgici strutturati in modo piramidale e di assetti decisionali accentrati⁵⁷. Una rete le cui 'sinapsi' sono collegate da una serie di vincoli informali, opachi ed intermittenti, comunque sufficienti, nonostante l'incompletezza dei rapporti, a garantire l'unitarietà funzionale dell'intero tramaglio (pur nella variabilità dei fini particolari e dei mezzi impiegato allo scopo).

Per scongiurare una siffatta eventualità, esclusa l'opzione di potersi affidare alla sensibilità politico-criminale della giurisprudenza, soccorre la scelta normativa di congegnare una soluzione in grado di recuperare quanto in partenza smarrito con il tendenziale irrobustimento dei profili organizzativi della struttura associativa. Si può così spiegare il riferimento alternativo alla natura e, soprattutto, al «contesto» in cui maturano le singole condotte⁵⁸, come elemento da cui dedurre l'intento terroristico/eversivo delle stesse e, si deve aggiungere, la misura di offensività dei singoli fatti⁵⁹. Da quello dipende infatti il giudizio sul-

⁵⁶ Riassuntivamente Cass. 13 ottobre 2004, Laagoub, *inedita*. V. però Cass. 26 maggio 2009 Archour, *Guida dir*, 2009, 40, p. 79 ss.

⁵⁷ E. ROSI, *Terrorismo internazionale: anticipazione delle tutela e garanzie giurisdizionali*, *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 461 ss.

⁵⁸ Cfr. A. DAL LAGO, *Il problema del contesto nell'analisi dei conflitti contemporanei (ovvero, quando il terrorismo è un feticcio)*, in AA.VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., p. 653 ss.

⁵⁹ La valorizzazione di questo profilo avvicina, nella sostanza, la classe di crimini in discussione ai *core crimes* del diritto penale internazionale (crimini contro l'umanità

l'esistenza di quel pericolo per la sicurezza che caratterizza la specifica lesività dei delitti in parola, altrimenti mancante in presenza di gruppuscoli criminali privi di ogni legame, oltre a quello meramente ideologico, con una realtà organizzata di più ampia portata, dalla cui esistenza e specifica caratterizzazione dipendono, in ultima analisi, tanto il giudizio di adeguatezza criminale della *societas sceleris*, quanto la valutazione dell'effettiva consistenza della minaccia da questa impersonata. Entrambi necessari a conservare il baricentro del sistema fisso sul fatto e sulla valorizzazione della sua necessaria offensività come criteri di legittimazione dell'intervento punitivo.

Accertata l'importanza di questa precisazione, non si può però fare a meno di osservare che si tratta di un requisito facilmente manipolabile perché privo di un'univoca caratterizzazione descrittiva. Il suo accertamento può infatti giovare di semplificanti richiami al disvalore dell'intenzione, dedotto dalla disponibilità di materiale propagandistico ed "informativo", quando non da auto-qualificazioni da parte dei soggetti sospettati e dalle loro frequentazioni sociali⁶⁰, o far tesoro della capacità informativa che deriva dall'impiego, di dubbia legittimità, di «*fatti notori globali*»⁶¹ o alla già ricordata inclusione nelle "liste nere", sia pur ridimensionate al ruolo di semplici elementi di prova⁶². *Escamotage*, sia detto per inciso, resosi necessario per schivare le critiche di quanti hanno visto nella scelta di riconoscergli un valore probatorio definitivo il ritorno al sistema di prova legale, palesemente in contrasto con il principio di legalità e di separazione dei poteri⁶³.

Un discorso a parte merita, invece, un'ulteriore circostanza. Muovendosi in questa direzione il giudizio di concreta idoneità lesiva della condotta, implicito nell'utilizzazione dell'aggettivo «*grave*», viene quasi

e di guerra), ai quali i fatti di terrorismo possono, in presenza di talune specifiche condizioni, essere anche formalmente ricondotti. Cfr. A. GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra, e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 6 ss. Per una preliminare messa a fuoco del significato del «contesto» (*Chapeau, Gesamtat*) nella sistemazione dei crimini internazionali previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale, E. AMATI / M. COSTI / E. FRONZA, *Introduzione*, in AA.Vv., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, p. 1 s.

⁶⁰ Per una ricostruzione dell'impiego di questi elementi nella più recente prassi giudiziale cfr. L. BAUCCIO, *L'accertamento del fatto*, cit.

⁶¹ Cass. 25 maggio 2006, *GD*, n. 44, 2006, p. 67.

⁶² Cass. 30 settembre 2005, cit. e Cass. 15 giugno 2006, cit.

⁶³ G. INSOLERA, *Reati associativi*, cit., p. 1327. In giurisprudenza cfr. Trib. Napoli 14 luglio 2004, *Dir & Giust.*, 2004, n. 42, p. 91 ss.

ridotto all'impotenza⁶⁴. Privata infatti della sua connotazione obbiettiva e non più identificabile con valutazioni di efficienza causale, ma solo con il riscontro dell'aumento del rischio innescato dalla condotta, la verifica alla quale l'interprete è tenuto non è infatti in grado di assicurare una decente misura di offensività ai delitti di cui si discute, tanto più se si dovesse consolidare la pretesa di far ricorso a criteri di giudizio privi della necessaria base oggettivo/fattuale. Il "peso" della diversa tutela degli interessi individuali si scarica così sul processo, sulla completezza del quadro cognitivo, sul rigore dei criteri di ricostruzione e valutazione del fatto processuale, sulla logicità dei percorsi decisionali. Breve: sul legittimo e convincente superamento di ogni dubbio ragionevole sulla colpevolezza dell'imputato.

Un'ultima considerazione per rafforzare l'impressione di partenza: valevole per richiamare gli interpreti ad un dovere di particolare attenzione e cautela nel maneggiare questa norma definitoria⁶⁵. La presenza di un'ampia clausola di apertura (articolo 270 *sexies* cpv) rende di fatto instabile la definizione così faticosamente raggiunta, in misura proporzionale alla variabilità del quadro normativo internazionale, con effetti ulteriormente perniciosi per la determinatezza della fattispecie⁶⁶.

9. – *Ineffettività*. Disegnato il quadro entro cui si collocano le varie esperienze legislative antiterrorismo si può ora tentare di approntare una prima valutazione delle stesse, nella duplice ottica della loro legittimità ed effettività.

Condividendo l'idea che «*il miglior diritto penale [...] non è un sistema repressivo perfetto ma un insieme di norme in grado di conciliare un efficiente controllo sociale con il massimo grado di libertà individuale dei cittadini*»⁶⁷, il giudizio non può essere che negativo. Vi sono infatti più che fondati sospetti che si tratti di un sistema repressivo che emargina in modo programmatico la necessità di assicurare comunque un nucleo

⁶⁴ L. PISTORELLI, *Punito anche il solo arruolamento*, GD, 2005, n. 33.

⁶⁵ Sulla funzione tipizzante del dolo specifico, da riconoscersi anche per via ermeneutica, per evitare i guasti di una soggettivizzazione "fuori norma" delle fattispecie incriminatrici che lo prevedono cfr. G. FIANDACA / E. MUSCO, *Diritto penale*. PG., Bologna, 2006⁴, p. 328 s. *Contra* A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PG., Milano, 2000⁷, p. 385 ss. A livello monografico L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1983.

⁶⁶ A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, Riv. it. dir. proc. pen., 2004, p. 1027 ss.

⁶⁷ C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, Riv. it. dir. proc. pen., 2000, p. 8.

intangibile di diritti individuali ogni qualvolta ciò possa creare impacci all'attuazione delle presa punitiva. Allo stesso tempo, dopo gli iniziali entusiasmi, ed al di là della persistenza di valutazioni ispirate a preconcetti a-cognitivi e ad ipoteche decisionistiche, si va facendo strada l'idea che tale strategia abbia finito per rivelarsi totalmente inefficace. Valgano per tutti le parole con cui l'amministrazione statunitense sintetizza i risultati raggiunti in cinque anni di lotta al terrore: «*la minaccia terroristica è e resta formidabile*». Dal punto di vista dei diritti individuali si è dunque trattato di un sacrificio, illegittimo, e per di più inutile⁶⁸.

10. – *Rimedi*. - In un quadro complessivamente poco rassicurante si stagliano preziose indicazioni che segnalano la ripresa del discorso riguardante la necessità di considerare la tutela dei diritti individuali quale momento indispensabile di ogni politica penale. Le sentenze della *United States Supreme Court*; le decisioni della *Israel Supreme Court*, quelle della *House of Lord* e del *Bundesverfassungsgericht*⁶⁹ e gli arresti di settori sempre meno marginali della prassi applicativa italiana⁷⁰, oltre alla costante attenzione critica riservata alle politiche antiterrorismo dall'intera scienza penalistica, dimostrano, all'interno di stati costituzionali incentrati sulla *rule of law*, il fiato corto di soluzioni di prevenzione e contrasto di natura derogatoria ed eccezionale. Pur senza voler dimenticare che, come ha da tempo fatto osservare la Corte costituzionale, l'esigenza di prevenire e reprimere i reati è un interesse dotato di protezione costituzionale⁷¹.

Al fine di evitare che tali coraggiose prese di posizione finiscano per essere considerate opinioni antimoderne, espressione di un antistorico fondamentalismo della legalità⁷², vanno ora tratteggiati i rimedi vivi e vitali il cui impiego può frenare derive in questa direzione⁷³.

Procedendo in rapidissima sintesi.

⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, AA. VV. *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., p. 800 ss.

⁶⁹ P. BONETTI, *Terrorismo*, cit., 22 ss.

⁷⁰ Per un quadro aggiornato P. MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in AA. VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., p. 687 ss.

⁷¹ Corte costituzionale n. 88 del 1991.

⁷² A. PANEBIANCO, *Sicurezza e fondamentalisti della legalità*, *Corriere della Sera* 13/8/2006.

⁷³ A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 99 ss.

a) Va innanzitutto negata la possibilità di riconoscere l'esistenza di un diritto costituzionale alla sicurezza individuale e collettiva quale fondamento prioritario (*primus inter pares*) quando non esclusivo dell'azione dei pubblici poteri. Si è infatti convinti che il dovere di protezione sia soltanto uno degli interessi che lo Stato deve salvaguardare e che, pertanto, il perseguimento di obbiettivi di sicurezza, quali essi siano, debba necessariamente convivere con interessi oppositivi ma di pari rango.

b) Occorre mantenere ben salda la consapevolezza dell'esistenza di fondamentali diritti individuali, consacrati a livello costituzionale ed internazionale, la cui cogenza non può essere nemmeno momentaneamente disconosciuta⁷⁴.

c) È necessario preservare integra e vitale la separazione tra i poteri dello Stato richiamando ciascuno di essi allo scrupoloso esercizio dei doveri ad essi assegnati dalla Costituzione. Inibendo, ad esempio, il rilascio di deleghe in bianco all'esecutivo o, ancora, impedendo che l'apparato giudiziario venga arruolato in servizio permanente ed effettivo nella lotta al terrorismo.

Un catalogo di antidoti tutti necessari a rendere effettivi i vincoli imposti dai principi di garanzia individuale che permeano il dover essere del diritto penale e, prima ancora, a non attenuare la netta separazione, realizzata dal modello di stato costituzionale, tra il potere di giudicare la necessità di tutela e il dovere di sindacare la legittimità del ricorso alla pena. Acquisizione che, nonostante le autorevoli obiezioni avanzate, continua a rappresentare la miglior salvaguardia rispetto ad un utilizzo smodatamente politico del diritto penale⁷⁵.

A livello interpretativo occorrerà invece:

a) sviluppare percorsi ermeneutici che non disdegnino di utilizzare, come banco di prova delle loro soluzioni, anche momenti di raffronto comparastico. Non già in omaggio ad una idealistica lettura delle carte internazionali dei diritti come nuovo diritto naturale o di altrettanto nobili, quanto improbabili, intendimenti di universalizzazione della cittadinanza, ma, con sensibilità molto più pragmatica, in ragione del

⁷⁴ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in AA.VV., *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., p. 667 ss. ma spec. 675.

⁷⁵ W. NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985, p. 35 ss.

contributo che questa prospettiva può dare nell'evitare errori di interpretazione dovuti alla presenza di, più o meno surrettizia, di condizionamenti ambientali o di contingenze di altro genere⁷⁶;

b) sgombrare il tavolo di lavoro dall'ingombrante presenza di stereotipi, che prosperano nell'indeterminatezza empirica dell'astratta tipicità delittuosa, e dall'enfatica propensione a considerare il giudice un partecipe necessario della lotta al terrorismo: la *longa manus* delle ragioni della sicurezza operante a livello decentrato. Quanto al primo punto è solo recuperando una spiccata sensibilità alla realtà dei fatti che si può sperare di neutralizzare quei fattori di indebita torsione dell'ermeneutica del diritto positivo e della funzione autenticamente cognitiva del processo – ma si tratta di una necessità che non può fare carico solo all'interprete della norma penale⁷⁷ –. Nel secondo, invece, tutto si gioca sull'effettivo grado di tenuta del luminoso principio che sottopone i giudici soltanto alla legge (articolo 101 Costituzione).

Solo assicurando queste 'minimali' condizioni diverrà possibile progettare ed applicare un diritto penale antiterrorismo consono alla caratura criminale della minaccia, capace, quindi, di garantire un'efficace protezione di beni individuali e collettivi nel contesto però di un rigoroso rispetto delle specificità di uno stato democratico di diritto la cui matrice personalistica non può essere negata⁷⁸. Nemmeno in tempi di emergenza nazionale⁷⁹.

11. – *Opportunità*. Fissare, nel senso sopra indicato, un ristretto, seppur congruo, spazio applicativo all'impiego delle risorse punitive proprie del diritto penale, produce un valore aggiunto che va al di là della doverosa salvaguardia degli interessi individuali messi in discussione dalla furia preventiva del diritto penale emergenziale. Costringe infatti le agenzie di controllo a non intorpidire la loro capacità progettuale in termini di elaborazione di efficaci strategie di prevenzione extrapenale, al contempo sollecitando i legislatori e le organizzazioni internazionali, quantomeno quelli realmente interessati alla protezione dei beni che il terrorismo mette in discussione, verso il parallelo impiego di strategie discorsive di mediazione volte a disinnescare le cau-

⁷⁶ G. ZAGREBELSKY, *Costituzione quei principi sempre più globali*, *La Repubblica*, 22/4/06.

⁷⁷ T. TODOROV, *La democrazia e il ricatto della paura*, *La Repubblica* 20/12/2006.

⁷⁸ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, *Cass. pen.*, 2006, p. 754 ss.

⁷⁹ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006.

se politiche, sociali ed economiche sottese all'attuale minaccia terroristica⁸⁰.

Interventi che non possono certo sostituire il diritto penale nella sua qualificata funzione di strumento di tutela di beni giuridici, ma che non possono tuttavia mancare se l'ordinamento intende assolvere quel compito senza trasformare il diritto penale in un mezzo di affermazione di pretese solo securitarie e di politiche discriminatorie. Un monito che vale sempre ma a maggior ragione quando in gioco vengano forme di criminalità sistemica. Tutte soluzioni che, in considerazione della facilità con la quale sino ad oggi si è attinto alle risorse del diritto penale, sono state ampiamente sott'utilizzate, sebbene ragionevolmente accreditate, e non soltanto in una prospettiva di lungo periodo, come idonei strumenti di prevenzione e contrasto del terrorismo internazionale. Non foss'altro che per la loro capacità di incidere sui multiformi fattori caratterizzanti il contesto che fa da sfondo alla minaccia terroristica e che, proprio in ragione della loro complessità, si rivelano largamente inattuabili per il tramite della sola norma penale.

11. – *Epilogo*. «*Dissentire è patriottico*», recita una voce anonima a *Ground Zero*. La vigilanza critica è, dunque, un dovere democratico. L'impegno ad un'argomentazione raziocinante il pre-requisito di un'affascinante idea di giustizia. È così possibile sconfiggere la paura, il pensiero breve degli *slogan*, l'irrazionalità di considerare interdetto alla comprensione razionale il fenomeno del terrorismo e l'identità dei suoi protagonisti e, infine, sollevare l'ingombrante velo della Ragione di Stato frapposto, nell'elaborazione delle politiche penali, tra il dovere di garantire la sicurezza collettiva e l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo.

⁸⁰ K. LÜDERSSEN, *Die krise des öffentlichen Strafanspruchs*, Frankfurt a. M., 1995, p. 45 ss.

ALESSANDRO BONDI

UN PERICOLOSO TERRORISTA *

SOMMARIO

I. *Fatto e reato*. II. *Fenomeno sociale e politica criminale*. III. *Gestione belligerante dell'emergenza*. IV. *Approcci integrati*. V. *Finalmente un pericoloso terrorista*. *Bibliografia di riferimento*.

I. Fatto e reato

(Non è successo, poteva succedere)

A. *Quattro atti: il primo*. Il Principale questa non gliela perdona; gli amici del bar, nemmeno; la moglie, meno che meno. Eppure non poteva essere diversamente. *Ebay*, asta informatica, ancora due minuti per un'offerta. Non ci sarebbe stata una seconda possibilità. Dirà che non ha veramente deciso; che è stato deciso; che è stato costretto a decidere, così, seduta stante. Dirà pure che una trama intessuta altrove lo ha attirato in treni stanchi, con un biglietto in tasca, a sognare una notte troppo lunga, ad ascoltare i suoni imprigionati nel ferro umido di una stazione che odora di pane abbagliato dalle luci al neon. In fondo, la stessa trama d'infiniti fili che ha attratto altrettanti uomini con un biglietto in tasca; che li ha lasciati sognare ascoltare odorare. E li ha riversati in una piazza ubriaca di colori, consacrata a Maria, ritmata da un carillon. E poi li ha spinti in treni-talpa, lontano dalla luce dai viali dai parchi, di una città monaca. E infine li ha fatti riemergere, 13 stazioni dopo, trascinandoli in un bozzolo cangiante affollato chiuso: dove persone più non sono. Perché sono prede. Prede di un artropodo che ha vomitato lontano i fili di una ragnatela, con al centro un bozzolo cangiante affollato chiuso. Sono le ore 21 del 9 giugno 2006.

Il secondo. Nel silenzio di una radio che non risponde, la preghiera urlata ad un Dio che sempre ascolta. Germania-Costarica giocano la partita inaugurale del 18° campionato mondiale di calcio, nel bozzolo cangiante affollato chiuso dell'*Allianz Arena* di Monaco di Baviera: lo

* Alla mamma, che è di Monaco; a papà, che pure di Monaco avrebbe voluto essere; alla sorellina, che a Monaco ha giocato; a Suzi, che a Monaco mi ha trovato.

stadio che con i suoi 37.600 metri quadri di superficie, 100.000 metri cubi di cemento, 20.000 tonnellate di acciaio, 1.200 metri quadri di negozi e 6.500 metri quadri di ristoranti, per 69.901 spettatori, attende senza saperlo il volo di un Boeing 747-400 El Al "Tel Aviv-Londra": un ragno di 70 metri di lunghezza, 520 metri quadrati di superficie alare, 4 propulsori *Turbofan Pratt & Whitney*, 6 milioni di componenti, 396.890 chili di peso al decollo e 1 tonnellata di aria pressurizzata; tutto per 526 passeggeri 8 assistenti di volo 2 piloti. E un terrorista suicida. Sono le ore 21.05 dello stesso giorno, il 9 giugno 2006.

Il terzo. Sono arrivati tardi, ma non troppo tardi. Sanno cosa cercare. Una voce è stata convinta a parlare, ora è un po' malconcia. Ma ha parlato. Due *Eurofighter Typhoon* del *Jagdbombenschwader 71 "Richtshofen"*, si sono alzati in volo dalla base di Wittmund. Due missili aria-aria AIM 120 sono stati armati. Due telecamere per la visione notturna NVE hanno scandagliato il cielo, cercando un ragno. Lo hanno trovato, lo hanno puntato, lo hanno affiancato. E poi niente. Sono le ore 21.12, sempre dello stesso giorno, il 9 giugno 2006.

Il quarto. Era un'ora qualunque di quattro mesi prima, per la precisione del 15 febbraio 2006, quando la Corte costituzionale tedesca dichiarava l'incostituzionalità del § 14/3 del *Luftsicherheitsgesetz* (legge sulla sicurezza dei voli aerei). Una legge per cui un aereo-ragno, 526 passeggeri, 8 assistenti di volo, due piloti, e un terrorista, avrebbero potuto finire il loro viaggio nei cieli della Baviera, abbattuti lontano dai 69.901 spettatori dell'*Arena Stadium*.

B. *Luftsicherheitsgesetz*. Lavorando di fantasia su un possibile *target* terroristico, la paura ha accompagnato una domanda. Non è una domanda originale, è già stata posta. Di fronte alla tragedia, di fronte alla vita di alcuni contro la vita di molti, già Bentham, già Lüderssen, già il giornalista, il politico, il cittadino si sono chiesti cosa sarebbe giusto fare: come rispondere a una minaccia terroristica tipo quella poc'anzi prospettata (cfr. VIGANÒ).

Le risposte sono state molte e diverse tra loro. Ora si è aggiunta quella della Corte costituzionale federale tedesca, argomentando proprio il § 14/3 della *Luftsicherheitsgesetz*. Disposizione che, dopo aver prescritto condotte alternative all'uso diretto della forza (§ 14/1), ne autorizza infine l'uso se le circostanze lasciano «*supporre che l'aereo verrà usato*

contro la vita di persone, e solo se sia l'unico mezzo per respingere questo pericolo attuale».

Ma, obietta la Corte, non si può autorizzare nulla che comporti la morte di altri innocenti secondo un ragionamento quantitativo. Perché non c'è una "necessità" che giustifica: la vita è incommensurabile. Cento per centomila non è un male minore, non toglie valore alla dignità di ogni vita umana, insomma, non è un'alternativa che l'ordinamento penale possa giustificare, semmai scusare (cfr. BVerfG NJW 2006, 751). E i termini non cambiano col cambiare della causa di giustificazione. A dispetto della fantasia argomentativa dei giuristi, una legittima difesa a favore di terzi può rivolgersi solo contro l'aggressore; un tacito consenso all'abbattimento per un dovere di solidarietà, cozza contro la realtà dei fatti e il principio dell'indisponibilità del bene vita; un ripreso stato di necessità che individui il "male minore" non tanto nel numero dei passeggeri presi in ostaggio, ma nelle minori possibilità di essere salvati, impropriamente distingue vite di "seria A" e di "serie B" secondo la valutazione delle circostanze di cui un altro uomo potrebbe avere o non avere conoscenza: uomo cui ancora sfuggono, per definizione, qualità divine (VOLK).

In Italia, si avrebbe forse qualche problema in meno. Se è pur vero che lo stato di necessità giustificante italiano non esige che il bene salvato superi il valore del bene sacrificato, il limite previsto della proporzionalità permetterebbe la commisurazione di vite umane basate sul loro numero. Una posizione in grado di evitare l'ipocrisia di configurare infine uno stato di necessità scusante sperando in un eroe che, in piena autonomia, si assuma il compito di abbattere un aereo in volo consapevole che nessuno può autorizzarlo in tal senso (cfr. DONINI, PULITANÒ, VIGANÒ). Una posizione che però non incide sulla perplessità di ammettere, in via teorica quanto pratica, la prevalenza del principio di proporzione sulla incommensurabilità della vita umana.

C. Esorcismi. Quella della Corte costituzionale tedesca è una risposta che, insieme ad altre domande, genera altre paure. E le paure vanno esorcizzate, con la ragione posta al servizio dell'uomo e delle sue passioni. Ma il giurista ha, insieme al politico, al giornalista, al cittadino una risposta se non originale almeno utile alla gestione razionale della devianza terroristica?

La risposta sta nella presunzione di continuare a scrivere, esponendo uno studio che avvicini il fatto al reato, il fenomeno al diritto penale. Si vogliono così richiamare rapporti causali sufficientemente chiari all'inten-

dere, perché al fatto si risponda con la tipizzazione di un reato e, al fenomeno, con il disegno di una politica criminale credibile.

Ma si scriverà anche di altro. Perché la vita è più complessa e insieme più semplice. È un ologramma, dove la parte riflette il tutto. Il fatto è anche fenomeno, il reato è anche politica criminale. Altra analisi è allora possibile: *ottimistica* o *pessimistica*, *razionale* o *creativa*, *economica* o *romantica*. La scommessa è individuare un procedere, se non un risultato, che sia sintesi e non scelta, per gestire l'emergenza senza dimenticare le ragioni del vinto. A ritrovare l'umiltà dell'ingegno come della passione, penserà infine la storia: promesso. Questo è tutto, ora viene il dettaglio.

D. *Le fattispecie di terrorismo*. Ci sono reati. Ci sono misure di prevenzione. Ci sono regimi speciali processuali, probatori, premiali, penitenziari che offrono una tutela integrata penale, amministrativa, processuale, penitenziaria, internazionale (DONINI). C'è pure un gran d'affare nel classificarle. E c'è dell'altro, ma ripugna parlarne alla presenza della Costituzione. Un passo alla volta.

Per l'ordinamento italiano, il terrorismo è soprattutto una finalità. È la finalità di un delitto associativo che si aggiunge alla tipicità del fatto quale elemento specializzante del dolo (artt. 270-*bis*, -*quater*, -*quinquies* cp). Perché se è vero che è il reato-scopo a colpire, è il reato-fine a spaventare inconsciamente uno Stato.

L'ordinamento registra numerose aggiunte. Così, all'originaria *Associazione sovversiva* (art. 270 cp), si è sommata d'urgenza per il terrorismo nostrano una prima versione del delitto di *Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico* (art. 270-*bis* cp, l. 6 febbraio 1980 n. 15). Dopo l'Undici settembre 2001, si è aggiunto un terzo comma per la versione transnazionale del delitto associativo, quando gli «atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale», insieme a un quarto comma per la confisca obbligatoria «delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego» (l. 15 dicembre 2001 n. 438). Si è quindi introdotto il delitto di *Assistenza agli associati* (art. 270-*ter* cp), cui si sono sommati i delitti di *Arruolamento e addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale* (artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* cp) e la fattispecie definitoria di «Condotte con finalità di terrorismo» (art. 270-*sexies* cp) (l. 31 luglio 2005 n. 155). Su que-

st'ultima norma si tornerà (cap. III) (cfr. APRILE, FIORE S., FLORA, INSOLERA, MARRA GA., ROSI).

E. *Una struttura pericolosa*. Andando per le generali delle fattispecie di terrorismo, si osserva che la condotta dovrebbe recuperare una base empirica e, il dolo specifico, essere inteso come qualcosa di diverso rispetto a un atteggiamento interiore mal conciliabile con un diritto penale del fatto. In tal senso, aiuta chiedere che la finalità riguardi una condotta pericolosa idonea a conseguire l'obiettivo o, perlomeno, una condotta pericolosa teleologicamente connessa allo scopo (FLORA). Ma non è scontato. I dubbi circa la tecnica legislativa utilizzata si appuntano sulle presunzioni di pericolo, offerte dai delitti di attentato e dall'incriminazione di organizzazioni e associazioni, in termini di solito condivisi dalla dottrina: un po' meno dalla giurisprudenza, e ancor meno dal legislatore (cfr. DONINI). La verità è che la struttura di questi reati si fonda sull'anticipazione della tutela a fronte di un pericolo, in nome della "sicurezza". In breve: su una *ragione d'essere* sotto le mentite spoglie di un *diritto*.

Perciò anche sulla *sicurezza* si dovrà tornare (cap. II), ma solo dopo aver visto il "retroscena" delle norme, perché il terrorismo è molto più di un fatto sussumibile in qualche reato: è reato che arranca dietro un fenomeno. Ed è la ragione di un incubo.

II. Fenomeno sociale e politica criminale

(È successo, poteva non succedere?)

A. *Atto unico*. Quattro aerei vengono dirottati e nemmeno uno è intercettato dai *Top gun* americani. Due colpiscono una coppia di grattacieli, "torri" che fanno parte del *World Trade Center* di New York. Un terzo colpisce il Pentagono. Il quarto non colpisce obiettivi, solo grazie al sacrificio dei passeggeri che costringono i terroristi a precipitare lontani da luoghi abitati. Questi i fatti dell'Undici settembre 2001. Noti, fin troppo noti. Le due torri che crollano sono immagini ormai della memoria collettiva di questo secolo: chiare nella loro drammaticità. Ma il "come" e il "perché", non è altrettanto chiaro.

Il fallimento dei sistemi di sicurezza statunitensi non ha convinto proprio tutti, anche chi ha in uggia la teoria del complotto. Il fatto dell'Undici settembre 2001 è stato ripreso in documentari, film, *reportage* giornalistici. Il Pentagono ha pure finanziato un contro-film-

documentario. Una dopo l'altra sono deflagrate altre verità, mai una verità.

Sfortunato giurista! Uno studio che arranca dietro il sistema penale predisposto contro il terrorismo, qui non può cercare elementi per prendere parte, tutt'al più ragioni empiriche per bilanciare le certezze ufficiali del fenomeno col diritto al dubbio, col diritto di porre le domande e di attendere le risposte che definiscano il dato sociale su cui costruire la norma.

B. *Dubbi*. Nei nove mesi prima dell'undici settembre 2001, la collaborazione tra il controllo aereo civile statunitense (FAA) e quello militare (NORAD) era stata efficace. Per 67 volte si era attivata in pochi minuti. Ma l'Undici settembre mancò quattro aeri su quattro, anche quello sul Pentagono, uno dei luoghi meglio difesi al mondo. Nello stesso giorno lo spazio aereo era occupato da 5 grandi manovre, tra cui un'esercitazione incentrata sulla difesa in caso di dirottamento di 20 aerei passeggeri.

L'ingegneria e dintorni ci mette del suo. Entrambe le torri del WTC crollano, pur essendo state progettate per non crollare di fronte a una simile eventualità, e crollano in maniera anomala, collassando. Crolla pure "l'edificio n.7", pur non essendo stato colpito e, anzi, individuato per la sua robustezza quale rifugio del sindaco di New York in caso di attacco aereo al Municipio della città (cfr. CHIESA).

Il Pentagono, colpito al fianco, non lascia tra le macerie parti riconoscibili dell'aereo che lo ha colpito e solo giorni dopo vengono dati alla stampa pochissimi fotogrammi dell'impatto: ben poca cosa per le innumerevoli telecamere che sorvegliano l'edificio sede del dipartimento della difesa degli Stati Uniti la cui costruzione iniziò, guarda il caso, proprio l'Undici settembre 1941 (http://it.wikipedia.org/wiki/Il_Pentagono).

Se si vuole andare sul facile di chi giudica "dopo" quel che si doveva sapere "prima", sia l'attacco alla corazzata USS *Cole*, sia quello all'ambasciata statunitense a Nairobi potevano essere visti come i segnali di quanto sarebbe successo a New York (cfr. FLETCHER).

C. *Informazione, media, diritto*. La provocazione è come la speculazione economica: brutta da ammettere, ma utile per testare la validità di un sistema, per anticipare le sue mancanze, per porre dei correttivi. Con questo spirito, si potrebbe fare quanto in genere si nega al giurista, che delle sole norme deve fornire l'alchimia, e così rifiutarsi

di seguire la televisione, per pregiudizio, per stanchezza, per esperimento. Perché anche la coscienza del giurista prude, quando si rifugia nella tecnica giuridica senza ficcanasare un po' nella sostanza (cfr. HASSEMER 2).

Navigando nel Web tra agenzie di stampa e canali tematici, vale a dire per terre straniere di effimera sostanza, di poche certezze sulle fonti e sui criteri di verifica della validità scientifica, ci si affida ad un criterio di falsificabilità vacillante, esposto ai milioni di documenti prodotti dagli algoritmi di un motore di ricerca, cercando l'informazione mancante, la plausibilità fondata sul buon senso e preoccupata dal presente digitale che veicola l'informazione con irrisoria facilità di manipolazione. È utile però ricordare che non esiste nulla di oggettivo nell'atto del conoscere; che quando l'uomo osserva, interagisce con l'osservato; che al fatto si unisce il commento, la prospettiva, la diversa fonte, il diverso intendimento. Con questo fare ci si può aspettare qualcosa di sempre diverso, anche se si tratta solo di un'informazione. E invece così non è. L'informazione sul terrorismo si mostra seriale: stessi contenuti, stesse immagini, stessa scaletta. Con la c.d. *guerra al terrorismo* diventa letteralmente "embedded", meglio, inscatolata nei carri armati che stivano cronisti destinati a diventare portavoci di *video game* con morti e distruzioni reali.

D. *Disubbidienza musicale*. Difendendo briciole di obiettività, ci si trincea dietro la doppia negazione del "non è improbabile pensare" prima di suggerire che il controllo dell'informazione possa piacere ai governi pigri della democrazia: ammalati dalla censura per "motivi patriottici". Se aiuta un esempio, si offre quello che proviene dagli stessi Stati Uniti: magnifici nelle loro contraddizioni. Dopo l'Undici settembre, la *Clear Channel Communication*, società che controlla 1170 emittenti radio statunitensi, stila una lista di 150 canzoni proibite per i loro contenuti in quanto poco adatte allo spirito del momento. Una di queste è *Imagine* di John Lennon. Gli ascoltatori e molte emittenti si ribellano. Un'emittente inizia le proprie trasmissioni proprio con *Imagine* «perché è una canzone bellissima, parla di amore e di speranza, l'unica cosa di cui abbiamo davvero bisogno».

E. *Attinenze col diritto*. Nonostante la premessa su quel che il giurista può cercare, si obietterà che tutto questo scartabello sui media «non c'entra niente col diritto». E invece sì che c'entra col diritto, perché c'entra con la parola "terrorista", "terrorismi", "lotta al terrori-

smo". Queste parole non sono solo oggetto di politica, ma di politica criminale: certo affare del giurista. "*Terrorista*", "*terrorismi*", "*lotta al terrorismo*" sono oggi ragione di una gestione giudiziale della politica concretizzata da esecutivi ed altri organismi diversi dai parlamenti nazionali. "*Terrorista*", "*terrorismi*", "*lotta al terrorismo*" sono pure ragione di accertamenti senza garanzie fondati sulle note informative dei servizi di *sicurezza di uno Stato*. "*Terrorista*", "*terrorismi*", "*lotta al terrorismo*" sono infine ragione di torture, sequestri di persona, detenzioni "illegali" legalizzate dagli Stati. E di guerre.

Finché l'uomo rimane il cliente del giurista, il giurista dovrà affrontare anche quel che c'entra col diritto senza essere diritto, perché fonte di dati e controllo dei poteri su cui si fonda una democrazia.

F. *Fatto, fenomeno, predicati*. Si è parlato di dati empirici necessari al penalista. È il momento di entrare nel dettaglio, definendo i contenuti. Il *terrorismo* è invero qualcosa di più di un fatto: è un fenomeno sociale. E un fenomeno sociale può diventare devianza solo quando è oggetto di preoccupazione politico-criminale; e può diventare reato solo quando ha esaurito una serie di passaggi preliminari (cfr. MONACO). Ma, in primo luogo, il *terrorismo* resta un fenomeno sociale che interessa per sé e per i suoi predicati: *interno e internazionale; politico e religioso, di Stato o contro lo Stato; di classe o territorialmente localizzato* (DELLA PORTA, PELLICANI).

G. *Conoscenza del fenomeno*. Cos'è il *terrorismo*? Cos'è che convenzioni e legislazioni inseguono e non definiscono?

Terrorismo e non *terrorista*, *attività* e non *soggetti* sono parole e contesti che chiedono un chiarimento da tradurre in una definizione capace d'individuarli. È un buon inizio, fa sperare in un qualcosa di oggettivo. Ma poi ci si arena. Se un concetto scientifico dev'essere *neutrale e univoco, comunicabile e discriminante*: il *terrorismo* non lo è. Le scienze sociali annaspiano. L'attività è di *terroristi* per alcuni, *partigiani* o *combattenti della libertà*, per altri: a seconda dei rapporti di forza, di luogo, di tempo.

Poco aiuta riferirsi all'uso sistematico della *violenza* tra fazioni avverse: comprende bande criminali, contese dinastiche, gran parte delle interazioni nei regimi autoritari. La situazione non migliora, se ci si appella al concetto di *violenza* con cui si predica la *politica*: insomma la *violenza* può anche essere di Stato secondo parametri di giudizio esterni all'Istituzione.

Così si torna ai soggetti che praticano questa attività. Si fa finta di nulla circa i dubbi legati al concetto di *violenza*, si collega il tutto a un indeterminato fine *politico*, si vagheggia il fine di *terrorizzare* e si collega questa attività a «*organizzazioni clandestine di dimensioni ridotte che, attraverso un uso continuato e quasi esclusivo di forme d'azione violenta, mirano a raggiungere scopi di tipo prevalentemente politico*» (DELLA PORTA). Risultato molto poco convincente. Eppure il *terrorismo* è incredibilmente reale e muove senza fatica l'armamentario coercitivo di uno Stato (cfr. CALABRESI, CORDERO, DAMBRUOSO, DELLA SETA, DELPECH, FLETCHER).

H. *King Kong criminologico*. In realtà, il *terrorismo* è un fenomeno che le scienze sociali conoscono poco e male. Non per il fenomeno, ma per quanto appena descritto: per la variabile politica che pregiudica il fenomeno (cfr. ART. KAUFMANN). E la mancata conoscenza del fenomeno si riverbera sulla descrizione della fattispecie chiamata alla sua disciplina. In altri termini, l'effetto distorsivo è importante. Crea illusioni ottiche simili a quelle cinematografiche dove un normale gorilla, sul modello in scala di un grattacielo, diventa un appassionato *King Kong* sull'*Empire State Building*. Che simili distorsioni da deficienze informative possano poi essere volute per giustificare politiche e spese destinate alla "sicurezza", è questione che si lascia ai politologi, in Italia inferiori solo al numero di chi ritiene se stesso il miglior commissario tecnico della nazionale di calcio.

Certo è che la scienza giuridica non può seguire questo corso. Ogni scienza dovrebbe aspirare ad un sufficiente grado di conoscenza per operare classificazioni e analisi in grado di offrire risposte. A maggior ragione, una scienza sociale come il diritto mal tollera delle asimmetrie informative che abbandonino l'interpretazione giudiziaria disciplinata dal principio di legalità, a decisioni politiche attualizzate da atti amministrativi quali l'inserimento in liste di proscrizione di presunti terroristi.

I. *Legislatore e giudice*. Il fenomeno non è però affare del giudice. Tutt'al più, del penalista che offre un vestito normativo alla politica criminale, confezionata da un legislatore che in concreto sceglie la via del reato dopo aver riscontrato o solo presagito l'inefficacia di altro intervento politico.

Tradizionalmente si osserva: al legislatore va lasciata la gestione del fenomeno e al giudice la gestione del fatto. D'altra parte, anche a

voler lasciare al solo giudice l'applicazione della norma, è difficile negare come l'applicazione del diritto sia costretta a sbirciare i proponenti legislativi e a ragionare con categorie non giuridiche (VOLK). A maggior ragione, se le fattispecie penali arrancano nel definire quel che è continuo oggetto di interazione e comprensione innanzi tutto politica. L'azione politica di un c.d. *Stato canaglia* può così essere definita di appoggio al terrorismo finché, per esempio, questo Stato trova l'ostilità politica di altri Stati circa la liberalità con cui concede diritto di asilo a persone che con la violenza rivendicano pretese politiche. In conclusione, il legislatore guarda al giudice e il giudice guarda al legislatore: tra i due vi è un continuo scambio d'informazioni. Tuttavia, gli occhi di entrambi sono velati dal quotidiano accadere, e spesso sono confusi da strumenti di conoscenza che attingono a piene mani nella sociologia, nella politica, nella religione (cfr. MOROSINI).

L. *Un percorso possibile*. Per distinguere i fenomeni dai fatti, occorre lo stesso contesto temporale e spaziale. Quindi le misure di quel che si analizza possono distinguere il fatto penalmente gestibile, che è singolo ed eccezione, dal fenomeno politicamente rilevante, che non è più singolo o eccezione. Insomma: al diritto penale vanno gli episodi, alla politica la trama di una storia.

Ma non c'è trama senza episodi che la compongano; non c'è storia senza singoli accadimenti che evidenzino una successione di vita; non c'è reato senza il fenomeno. Il problema è solo "chi" deve fare "cosa" e "quando". Domande la cui risposta è accettabile, se è interiorizzato il rispetto della divisione funzionale dei poteri dello Stato. Vale a dire, l'interpretazione teleologica del giudice può essere ricondotta al significato storico dei singoli termini raccolti con *mano pigra* dal legislatore nel momento della formazione della norma. D'altro verso, è un legislatore che impropriamente delega al potere giudiziario responsabilità scomode, il legislatore che descrive fattispecie utilizzando concetti e termini attinti dalla sola sociologia. Detto in breve: questo legislatore rischia di sovrapporre il patrimonio e la sensibilità culturale di un giudice allo scopo e alla *ratio* di una norma.

M. *Diritto penale e sicurezza*. La *sicurezza* è il prodotto finale della politica criminale, anche quand'è realizzata per mezzo del diritto penale. Diritto penale geneticamente pigro, minimalista, grossolano. La cui esistenza è fondata su una diarchia difficile: *sicurezza* e *garanzia*. Una diarchia che ripropone una domanda tanto attuale quanto priva

di originalità: in nome della *sicurezza*, possono essere negate le garanzie che sempre accompagnano la definizione di un reato? Tradizionalmente si risponde di no, aggiungendo sdegnati come i diritti che sotendono alle garanzie non accettino il confronto. Perché non vi è un *diritto alla sicurezza*, in quanto la *sicurezza* è la ragione sociale: la ragione di esistenza di un diritto fondato sulla pena. Semmai, la *sicurezza* fonda la condizione per il godimento di diritti, ma non è diritto fondamentale e collettivo da bilanciare con altri diritti fondamentali della persona (cfr. DONINI, MARRA 1).

N. *Sicurezza e rischio*. Trovato un posto alla *sicurezza* fuori dal crogiolo dei diritti, occorre perfezionare la sua dimensione dogmatica. Gli opposti possono aiutare.

Opposta all'idea di *sicurezza* è l'idea di "rischio". E sulla misura del rischio si fonda operativamente molto diritto penale, ma anche molte obiezioni. In effetti, si contesta che il rischio offra solo una forma e non un concetto; dimentico di vincoli temporali, materiali, sociali; e pure afflitto da incertezze sulla possibilità di un calcolo razionale per via delle troppe variabili possibili. Ma non è critica condivisibile. Ciò che è difficile realizzare non perde validità, nemmeno per un'impostazione dichiaratamente sociologica tipo quella da cui provengono i dissensi. Inteso quale stima, metodo probabilistico svolto non solo matematicamente, il concetto di rischio diviene uno strumento di rara potenza e precisione; strumento comune a tecnica, scienza, economia, diritto; strumento duttile e quotidiano che non esclude tempo forma e socialità; strumento pedagogico, capace di plasmare l'atteggiamento individuale come quello collettivo ormai scettico verso gli assoluti delle leggi scientifiche. In quest'ottica, non è nemmeno dato dubitare del termine di confronto del rischio, vale a dire della ricercata *sicurezza*, poiché è chiaro che non si tratta di un limite fenomenico ma concettuale. Sepur mito in natura, l'idea di *sicurezza* esiste per il ragionamento e offre una "percentuale" di riferimento: il più o il meno rischioso s'intende solo in assenza di rischio, ergo, di *sicurezza* (BONDI 1).

Riassumendo, la *sicurezza* è condizione necessaria ed è il risultato cui tende il diritto penale. Un risultato cui volgere e su cui si basa l'accettazione di norme capaci di affliggere come non altre la persona. Il rischio è il suo contrappeso, è il concetto quantificato sull'impossibilità di garantire assoluta *sicurezza*, è la memoria di quel che l'uomo perde della sua anarchica libertà e dei suoi diritti individuali a favore della convivenza sociale.

O. *Sicurezza e dignità dell'uomo*. Su queste basi, molti problemi si creano e pure si risolvono. Lo Stato non può sacrificare la dignità dell'uomo. Non si possono abbattere aerei civili in volo; non si possono detenere illegalmente prigionieri, non si possono torturare prigionieri per reprimere e sospettati per prevenire. Non si può perché lo Stato non può negare i diritti fondamentali che s'impegna a proteggere e su cui si fonda il consenso sociale. Come si è visto, la *sicurezza* non è diritto da bilanciare con altri diritti della persona, ma è il fine da perseguire avendo il diritto alla dignità della persona come limite. L'osservanza di questi diritti è compito della politica, la loro difesa è la missione politica garantita dalla Corte costituzionale (cfr. HASSEMER, VOLK, PRANTL).

Consolante: seguendo i principi sembra tutto più semplice. Eppure non lo è.

P. *Assoluti relativi*. Gli assoluti non fanno parte della vita, dunque, nemmeno del diritto la cui esistenza è dettata dalle esigenze della mediazione sociale. La *dignità* rimane un limite invalicabile solo finché uno Stato non vede minacciata la propria esistenza. Ma l'esistenza di uno Stato non può essere veramente minacciata da un terrorista che, a voler dir tanto, persegue uno scopo lontano dal coincidere con le sue possibilità o, meglio, con l'esistenza di un ordinamento capace di punire tali condotte. Per scatenarsi contro il *terrorismo* serve dell'altro: serve un altro diritto, serve un nemico, serve una guerra come pena per un crimine internazionale o come giustificazione per una difesa "preventiva". E guerra sarà.

III. Gestione belligerante dell'emergenza

(È successo lontano, si è sentito vicino)

Una nota personale, in uno studio penalistico verso cui c'è dell'imbarazzo per le forme che assume, ma non ancora rimorso.

A. *Altri tre atti: il primo*. Parigi, Undici settembre 2001. Ero in un Internet caffè, vicino *Rue Saint Michelle*. Tutti gli schermi erano occupati dai due colossi in agonia. Pensavo fosse un video gioco, del tipo "Abbattete le due torri". Un gioco che proseguiva sul Pentagono. Un gioco collettivo a tariffa oraria, e nemmeno troppo divertente, pensai. Il giorno dopo, Parigi era blindata. Evidentemente non era un gioco.

Il secondo. New York, due anni dopo l'Undici settembre 2001. Sono convinto che *Ground Zero* sia un nome terribile. Oggi indica il luogo dove si ergevano le Torri gemelle del WTC crollate dopo l'attacco dei due aerei. Fino a ieri segnava il luogo di Hiroshima dove esplose la prima bomba atomica. Un doppio ricordo che non rende *Ground Zero* una meta turistica, almeno non una mia meta.

Ma nei luoghi ci si può anche capitare, e io ci sono capitato, cercando un negozio per computer, vicino alla *City Hall*. Ho così scoperto che il *Ground Zero* di New York non è in effetti un luogo, ma uno spazio di cielo al posto del ferro e del cemento dei grattacieli di *Manhattan*; ed è un'enorme voragine, e polvere, e una rete che guida il percorso di un pellegrinaggio indiscreto, intorno a un cantiere preoccupato di rimarginare una ferita.

Il terzo. Unisco i due ricordi: Parigi e New York, l'Europa e gli Stati Uniti. Forse capisco. Capisco che l'Undici settembre è stato per New York quanto di più simile ai bombardamenti delle città europee durante la seconda guerra mondiale. Non ha toccato la vicina e nascosta *Wall Street*, o la *City Hall*, o il *Palazzo delle Nazioni Unite*, ma ha toccato il cielo americano, il sogno della sua invulnerabilità, il mito di se stessa. Ed è stato un atto di guerra, o almeno così si può fare intendere.

B. *Linguaggi.* Il discorso navigherà tra la sponda americana e quella europea dell'Atlantico. Si cercheranno identità, prima ancora di confrontare le risposte offerte dai vari ordinamenti. Etichette che diano una connotazione penalistica alle norme predisposte per far fronte a un fatto che è parso un atto di guerra, o perlomeno a un fatto che ha trovato sanzione in una guerra. Ma avere a che fare con delle etichette che introducono discipline, significa avere a che fare con linguaggi che individuano caratteristiche. E alcune caratteristiche, confessate dal linguaggio utilizzato, possono essere fuorvianti. Esempi indicativi si ritrovano leggendo sentenze della Corte Suprema degli USA, e ancor più in quelle dei Tribunali internazionali per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia (1993), Rwanda (1994), Sierra Leone (1996) e nelle sentenze della Corte Penale Internazionale (2002), vale a dire, tribunali speciali o permanenti che si occupano di *genocidio*, *crimini contro l'umanità*, *schiavitù*, *arruolamento di bambini*, *terrorismo*. Ebbene, colà si rinvencono espressioni inusuali per il linguaggio dei tribunali italiani. Si argomenta di «moralità» di «giustizia» di «rapporti con l'opin-

ione pubblica internazionale» di «retribuzione ed esemplarità della pena» e persino di «lotta contro le forze del male» (cfr. A. CASSESE, DONINI, DRESSLER, FLETCHER, FRONZA-TRICOT, MANACORDA). Questo linguaggio e questo diritto non ha radice nella giurisprudenza italiana, ed è caratterizzazione pericolosa se l'Autore diventa simbolo e il sistema penale trova una versione etica con connotati irrazionali o mediaticamente influenzabili. Tuttavia, questo diritto è ancora formalmente diritto penale (cfr. DONINI, MARINUCCI, STELLA).

C. *La gestione delle emergenze. Interventionstrafrecht*, il nome tradisce la provenienza tedesca, anni Novanta o giù di lì. Si discute, con misura, sulle possibilità di istituzionalizzare strumenti straordinari per la lotta contro l'emergenza terroristica: contro l'emergere di un terrorismo che ha la possibilità di dotarsi anche di armi nucleari chimiche, batteriologiche. Una possibilità che non cerca pene, ma efficaci strumenti di prevenzione. Una prevenzione da non riversare nel processo. Il meno di garanzia utile per le indagini sarebbe funzionale solo per prevenire, non tanto per condannare. La repressione rimane affidata al processo penale votato ad accertare fatti di reato e a individuarne gli autori, secondo le guarentigie sostanziali e processuali tipiche del diritto penale.

Ma questo diritto che "interviene" non è penale. Sebbene il nome richiami la pena è una sorta di diritto di polizia. Inoltre è legato a un mondo ormai lontano dal terrorismo conosciuto. Per paradosso, il terrorismo finora è stato vicino agli Stati perché contro un tipo di Stato; vicino alla società, perché contro un tipo di società; vicino alle religioni, perché contro un tipo di religione. Ma dopo i fatti dell'Undici settembre 2001, il terrorismo è mutato. Si è globalizzato e ha incorporato più temi: la religione contro la politica; le disuguaglianze economiche contro la cultura. Il terrorismo sponsorizzato dagli Stati (Libia, Arabia Saudita, Pakistan, Stati Uniti), è diventato a sua volta sponsor di Stati (Afghanistan, Sudan, Yemen) (FIOCCA/MONTEDORO); ed è entrato nelle case, nei gangli della modernità, sfruttandone sapientemente i mezzi, la tecnologia, la comunicazione. Il terrorismo è diventato anche un *logo*, un veicolo di *merchandising*, una ragione di potere: forse l'unica vera costante nella storia del terrore. In fin dei conti, il terrorismo oggi spaventa molto di più, non solo per quel che può fare, ma anche per quello che rappresenta.

Non a caso chi ha considerato con curiosità scientifica, ponderando efficacia, controlli e garanzie di un tale *diritto penale dell'interven-*

to, oggi arretra la posizione e difende in prima linea le guarentigie penali, anche quando fonte di scelte dolorose sulla presunta efficacia della lotta contro il *terrorismo* (cfr. HASSEMER).

Chi invece ritiene il diritto penale inadatto alla bisogna della prevenzione e impossibilitato a quella della repressione, oggi cerca altro: non più un predicato sugli strumenti ma un predicato sui destinatari. E in maniera onesta quanto sinistra parla di altro diritto penale: parla di *diritto penale del nemico*. L'ha fatto prima in sordina, distinguendo quel che ottimizza la difesa della libertà rispetto ai beni giuridici (1985); l'ha fatto poi senza mezzi termini, riprendendo la discussione contro destinatari de-personalizzati (2000-2003). L'ha fatto da par suo, e con tanta spietata chiarezza da fondare la migliore denuncia dei limiti del suo stesso pensiero. L'ha fatto GÜNTHER JAKOBS.

D. *Diritto penale del nemico*. Niente *dignità umana*, *colpevolezza*, *uguaglianza*, *presunzione d'innocenza*, *diritto alla difesa* (VOLK): ecco in breve quel che nega il *diritto penale del nemico* sostenuto da JAKOBS. Un diritto diverso che legittimerebbe misure di prevenzione e di sicurezza lontane dalle garanzie dello Stato di diritto, perché avrebbe per destinatari soggetti che non riconoscono il consesso civile: «*nemici*» «*non persone*» «*situazione da mettere in sicurezza come con gli animali selvaggi*». Dunque, *lotta prima della giustizia* (Jakobs; cfr. Greco, Donini).

Certo non si tratta di demonizzare nessuno, o di negarne i meriti altissimi della produzione scientifica, o di cercare un qualche valore salvifico solo descrittivo o critico nella sua idea ma, per JAKOBS, la distinzione tra *diritto penale del cittadino* rispetto a quello del *nemico* ha un valore *normativo*.

Pertanto, e senza sentirsi in obbligo di tracciare il profilo psicologico del giurista in questione, è opportuno chiedersi se uno Stato di diritto possa legittimare un *diritto penale del nemico*? E la risposta è semplice: no.

Non aiuta JAKOBS il pensiero fine e controverso di Carl SCHMIDT che, nel nemico, non vedeva il prodotto di un giudizio morale, ma colui che si combatte per la cosa pubblica, oggetto di un giudizio politico arbitrario, sottratto alla regola giuridica. Un pensiero oggi inaccettabile, perché dimentica il dato almeno pre-giuridico del dovuto rispetto della persona. Ancor meno soccorre la dottrina nobile di HOBES e KANT, i cui toni JAKOBS invero riprende senza considerare gli oltre 3 secoli di differenza che dividono il nostro presente da quello dei

due filosofi. Per la verità, oltre il diverso contesto storico, JAKOBS traslascia il fatto che solo la minaccia di alto tradimento (per HOBBS) o la minaccia costante alla sicurezza (per KANT) giustificavano la perdita dei diritti legati alla persona (cfr. DONINI): insomma situazioni-limite eccezionali, lontane eoni dalla minaccia episodica rappresentata dal terrorismo.

Dunque, non vi è legittimazione in questa degenerazione del rapporto tra efficienza presunta e giuridicità certa. Tanto per essere chiari: questo *diritto penale del nemico* non è diritto penale secondo i parametri comunemente accettati dalle democrazie occidentali (cfr. CACCIO MELIA, INSOLERA, ZAFFARONI).

E. *Patriot Act e Military Order*. Il *Patriot Act* nasce il 26 ottobre 2001. È norma temporanea ed eccezionale. Allarga il concetto di terrorismo e comprende atti preparatori; ammette intercettazioni senza autorizzazione; perquisizioni con motivazioni segrete; detenzioni amministrative non motivate, per sette giorni estendibili a 90 giorni, reiterabili per ragioni di sicurezza nazionale. Il *President Issues Military Order* del 13 novembre 2001 è il braccio armato del *Patriot Act*, realizza una giurisdizione speciale militare che trova esecuzione nei campi di detenzione modello Guantanamo (DONINI, MIRAGLIA).

Questo “diritto” non è diritto penale. Non individua veri nemici, la cui dignità di persone è comunque protetta dalla Convenzione di Ginevra e dal diritto di guerra. Non cittadini e nemmeno nemici, ma semmai “cose” sono il crudo oggetto di questo *diritto penale del nemico*. Cose senza *Habeas corpus*, detenibili in extraterritorialità, sotto giurisdizione militare, processabili per via amministrativa: una sorta di preistoria del diritto penale e processuale. Una preistoria che, appunto, ha trovato il suo campione nel campo di detenzione di Guantanamo, della Cuba occupata da strutture militari statunitensi; nelle umiliazioni di Abu Ghraib, dell'Iraq occupato da truppe straniere alla ricerca di armi di distruzione di massa; negli “interrogatori duri” o dalla “moderata pressione fisica” di chi è vittima di un meschino eufemismo per nascondere quel che subisce sulla propria persona: una tortura (cfr. CONSIGLIERE, A.M. DERSHOWITZ, NUSSBAUM, ROXIN).

F. *Una definizione fuorilegge*. Per quanto rimodellato dalla giurisdizione e oggi in via di smantellamento sotto la presidenza Obama, il sistema ricollegabile al *Patriot Act* e al *Military Order* non esprime un diritto costituzionalmente compatibile, né negli Stati Uniti né in alcu-

na democrazia occidentale. Ma è stato foriero di definizioni che hanno individuato nuove tipologie di autore. E quando nascono troppe definizioni c'è sempre da temere. In particolar modo, se l'empiria poco aiuta a comprendere il fenomeno, i principi si sgretolano di fronte alle paure veicolate dei media: ignoranza, pregiudizio, timore possono così allearsi e ogni manipolazione è possibile.

È il caso della definizione di *Terrorista combattente*. Si è sostenuto, creando Commissioni militari su ordine governativo, che i terroristi siano combattenti illegali (*unlawful enemy combants*), per paradosso fuori dalla legge: né combattenti protetti dalla Convenzione di Ginevra né criminali protetti dall'*habeas corpus*. Termine che per la verità viene da lontano, usato dalla Corte Suprema USA per definire i sabotatori nazisti su territorio americano che avevano, nel 1942, introdotto segretamente armi e non indossavano uniformi come previsto dalla Convenzione di Hague. Oggi la definizione dovrebbe permettere d'individuare chi commette un crimine di guerra e colpire chiunque sostenga un attacco contro obiettivi (anche) civili (FLETCHER). Una definizione che minaccia il Sesto Emendamento della Costituzione USA secondo cui «*In ogni procedimento penale, l'accusato avrà diritto a un sollecito e pubblico processo da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso e la cui competenza giurisdizionale sarà preventivamente stabilita con legge; e avrà diritto a essere informato della natura e del motivo dell'accusa, a essere messo a confronto con i testimoni a carico, a ottenere di far comparire i testimoni a suo favore, e a farsi assistere da un avvocato*». In effetti, il procedere nei confronti dei detenuti di Guantanamo è stato leggermente diverso.

Ragionando *a contrario*, sono allora combattenti “legali” le truppe in uniforme di chi giudica l'illegalità e invade un paese alla ricerca di armi di distruzione di massa, sapendo che non ce ne sono. Come sono combattenti legali, per atti di diritto privato, anche i 20.000 *contractors*: mercenari *freelance* senza nessuna regola di ingaggio che costituiscono la seconda forza militare in Iraq.

Il punto: tra combattenti legali e combattenti illegali il diritto si perde, anche quello statunitense. O perlomeno si perde il diritto fondato sulla “normalità”, sulla gestione politico-criminale di un fenomeno da parte di uno Stato di diritto.

G. Una definizione di legge. Come accennato, il diritto penale italiano non è contro il nemico, ma al nemico in qualche modo si adat-

ta, considerando la realtà delle emergenze come un mero fatto temporaneo (cfr. DONINI).

Il nostro codice penale ha difatti accolto tra le sue stanche fila la fattispecie definitoria di «*Condotte con finalità di terrorismo*» (art. 270-sexies cp) (l. 31 luglio 2005 n. 155). Così facendo, il nostro ordinamento offre una definizione non tanto della finalità di terrorismo, quanto delle condotte preordinate, appunto, a tal fine. Una soluzione adottata, per esempio, in Germania col § 129a StGB: norma la cui efficacia è stata però inversamente proporzionale al numero di modifiche subite (cfr. ALBRECHT). Una definizione che pure l'Italia deve agli obblighi comunitari e internazionali assunti dopo il fatale settembre 2001 (*Decisione quadro Consiglio UE sulla lotta al terrorismo* 13 giugno 2002; *Convenzione ONU, New York* 1999), nonché all'interpretazione ormai vincolata da parte del giudice nazionale rispetto le decisioni quadro (CGCE, C-105/03, Pupino) (FLORA, PADOVANI).

Obblighi internazionali che partono da lontano (*Azione comune* 96/610/GAI per lo scambio d'informazioni nella lotta contro il terrorismo; *Convenzione Europol* 3.12.1998; *Azione comune* 98/428/GAI per una rete di giustizia europea, *Azione comune* 98/733/GAI per la penalizzazione delle associazioni criminali a scopo di terrorismo, *Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, New York e Raccomandazione del consiglio* 9. 12. 1999 per la lotta al finanziamento del terrorismo). Obblighi internazionali che occupano gli organismi più disparati (G8, TREVI I, EUROPOL), diventano oggetto di azioni europee coordinate anche a livello internazionale (Piano di azione del 21.7.2001, decisione quadro 13.6.2002), e trovano infine fonte nell'art 31 lett. e TUE (cfr. HECKER, MARTINI, REITANO, SACCUCI).

H. *Dall'emergenza, all'intervento, al nemico, all'adattamento: i nuovi predicati del diritto penale?* Nemici, meno garanzie, più norme per prevenire e reprimere emergenze senza indugi: queste sono le caratteristiche che, di fatto, hanno arricchito il diritto penale d'inquietanti predicati.

Come si è accennato, nonostante le premesse poco incoraggianti della nostra storia legislativa, è fuori dall'Italia che più si è ceduto rompendo il tabù dell'emergenza e della sua teorica temporaneità, rendendo ordinario lo straordinario, a volte speculando sui sistemi repressivi a volte realizzando ordinamenti eterodossi (cfr MIRAGLIA, SPENCER).

Per una volta, in Italia si è stati migliori. Non encomiabili, ma sicuramente migliori, approcciando il terrorismo anche internazionale con un diritto penale almeno *adattato al nemico*: individuato dalla giurisprudenza con diverso sentire tra guerriglieri e combattenti per la libertà; in strutture organizzative dove il peso gerarchico è minore; la concreta pericolosità e adeguatezza della condotta allo scopo raggiunge vie mediate, e la finalità di terrorismo anche internazionale non trova veri confini legislativi ma opportune mediazioni giurisprudenziali (cfr FLORA commentando C. I 17 gennaio 2007 n. 1072; Trib. Milano 24 gennaio 2005 e 19 maggio 2005; Trib. Brescia, 11 ottobre 2005; Trib. Firenze 28 maggio 2004)(cfr C. I 23.4.2009 n. 18687; C. II 5.5.2009 n. 18581; C. V 3.3.2009 n. 9723; C. V 5.8.2008 n. 32714; C. V 22.10.2008 n. 39545).

Dopo che isolata dottrina tedesca ha proposto col *diritto penale del nemico*, e l'ordinamento statunitense ha realizzato con atti tanto patriottici quanto vergognosi per la più antica democrazia occidentale, tornare in Italia è stato dunque di ristoro. Riscoprire la recente gestione casalinga del terrorismo «*anche internazionale*» ha tranquillizzato. Semmai in Italia si è concesso qualche transito “di troppo” ad aerei verso luoghi di detenzione speciale, o si è stati così distratti da permettere alla CIA di sequestrare sul nostro territorio sospettati di terrorismo, poi trasferiti fuori dall'Italia dimenticando la “sciocchezza” dell'estradiizione (GOODMAN).

Ma, in fondo, il sistema ha retto. Il vero problema è un altro: fino a quando? Fino a quando l'Europa filtrerà le istanze della paura? E fino a quando l'Italia si permetterà il lusso dello Stato di diritto, sostenuto dalla marginalità del suo ruolo nello scacchiere politico internazionale? Non siamo un Paese qualunque, abbiamo una responsabilità storica nelle radici fin troppo illustri del nostro diritto e una responsabilità morale accresciuta dalla presenza nei *patri confini* di una delle grandi Chiese. La pochezza politica che da anni affligge l'Italia, unita alle sconcertanti titubanze sul carattere laico del nostro Stato, non sono perciò il miglior viatico per il futuro.

I. *Nemici e Costituzione*. Guardando all'estero, si è distratti dalle elaborazioni criminologiche, confusi dai governi, spaventati dalla militarizzazione della giustizia, sopraffatti dall'ignominia delle torture. Ci si rallegra che il carcere di Guantanamo venga chiuso dopo un'elezione democratica, ma può una democrazia aspettare quasi due legislature prima di ritornare ai principi costituzionali? (cfr. ACKERMANN). E

fino a quando gli anticorpi della democrazia riusciranno a vincere la paura mediaticamente amplificata? Il dilemma del diritto alla sicurezza e della sicurezza dei diritti rimane (SPENCER).

«Cosa fare allora di fronte ad un nemico non individuabile e non localizzabile, disposto a colpire indiscriminatamente qualsiasi obiettivo pur di aumentare lo stato d'incertezza e lo smarrimento dell'opinione pubblica?» (cfr. DE VERGOTTINI in FIOCCA/MONTEDORO).

Cercando nella Costituzione italiana una norma che non c'è per gestire l'emergenza, per formalizzare nel tempo e nei modi la riduzione delle garanzie con nuovi poteri investigativi di polizia: nuovi reati, maggiori pene e, soprattutto, minori garanzie difensive sono inevitabili? E affinché una legislazione dell'emergenza non diventi una dittatura della maggioranza, basta la previsione legislativa dell'emergenza? Basta la proporzione della pena rispetto al pericolo rappresentato da queste condotte? Basta bilanciare le esigenze di libertà della persona con quelle della sicurezza, riportando tutto sotto il controllo giurisdizionale? Bastano, basterebbero ma è facile andare fuori misura e i danni a lungo termine sono sempre maggiori dei presunti effetti a breve termine.

Più che nell'art. 77 della Costituzione italiana, la formalizzazione forse più evidente di uno stato di urgenza è previsto nell'art. 15 CEDU in caso di guerra o di altro pubblico pericolo, disposizione che ha come unico limite il rispetto di altri obblighi di diritto internazionale (cfr. DE VERGOTTINI in FIOCCA/MONTEDORO). Ma è una formalizzazione che spaventa, senza frontiere, pensata per pericoli che minacciano l'esistenza di uno Stato. Dunque, inadatta per il terrorismo. Non percorrere questa strada è una buona scelta per lo Stato di diritto.

Casomai, migliore strada è un diritto penale costituzionale che faccia da cornice al diritto penale ordinario come a quello di emergenza, fissando rigidamente il carattere temporaneo di una siffatta normazione. Certo non risolve le emergenze cronicizzate come la mafia, ma evita di alterare le strutture sostanziali e processuali del diritto con la gestione penale ordinaria di situazioni straordinarie (cfr. DONINI).

L. Scelte criminali. Saggio rimane l'avvertimento di Carrara a non familiarizzare il «popolo» con la giustizia criminale. In particolare, se si tratta di norme di mera creazione legislativa, o la cui natura è pericolosamente ibrida al diritto amministrativo, o rompe gli schemi della responsabilità individuale, da accertare entro le strette maglie del sistema penale, a favore di gravi esigenze preventive. Siffatte norme incre-

mentano le statistiche registrate dalla contabilità della giustizia che inevitabilmente inducono una pericolosa spirale di nuove norme. Ma ancor più saggio è stato CARRARA, rifiutando di trattare il tema dei delitti politici nel suo «*Programma*» (cfr. FLORA). Un atteggiamento che a volerlo seguire oggi rischia di cadere nell'ipocrisia. Almeno finché il "lavoro sporco" esce dalla porta del codice penale per rientrare dalla finestra del diritto di polizia. Se la partita è fatta sui diritti fondamentali della persona, nello spostar pedine spostando norme afflittive tra diversi corpi normativi, perde comunque la persona. Alla civiltà del diritto si può chiedere di più. Innanzi tutto l'onestà delle etichette. Sia esso diritto penale o diritto di polizia, quel che conta è il grado di intervento dello Stato nei diritti fondamentali del cittadino per la difesa di diritti non meno fondamentali che ruotano intorno al concetto di *sicurezza*. Quindi si può affrontare senza infingimenti un'alternativa politico-criminale: chiedendo la fuga dal diritto penale, perché fondato su principi che rendono inefficace la lotta al terrorismo, o l'adattamento di un diritto penale che "si piega ma non si spezza" alle esigenze di questa lotta, pur di portare con sé quanto più possibile delle sue tipiche guarentigie. L'attualità della domanda di sicurezza determinerà una risposta spesso mascherata nei predicati con cui s'individua il tipo di diritto penale dedicato al terrorismo. Ma sarà una risposta sincera, che potrà fare i conti con chi crede nei valori consacrati dalla Costituzione.

IV Approcci integrati

(Capire affinché non succeda)

A. Cosa fare, affinché non succedano fatti e risposte come quelle nate con l'Undici settembre 2001? Può essere utile tentare qualcosa di rivoluzionario: tentare di capire, senza risparmiarsi la fatica di altre strade, col pragmatismo di chi cerca un risultato costituzionalmente compatibile, e non si preoccupa troppo dell'ortodossia del metodo. Sicché è bene ammetterlo subito: in questo "fare" c'è la presunzione di offrire scampoli di utilità, per limitare la virulenza dei fenomeni e la tragedia dei fatti.

Con questo afflato, si chiede di non dividere la politica criminale in compartimenti stagni, utili solo a giustificare nobiltà d'animo o d'azione: nei principi "*belli ma imbelli*", nel fare "*brutti ma efficaci*". Su questa strada si è promessa altra analisi che è piaciuta chiamare «*otti-*

*mistica» o «pessimistica», «razionale» o «creativa», «romantica» o «economica». Finora qualcosa si è scritto per onorare la prima parte di questa promessa, offrendo un *pessimismo* consapevole, circa l'utopia di sgominare i fenomeni con la mannaia del penale, e un *ottimismo* moderato, circa la possibilità di gestire i reati senza stravolgere lo Stato di diritto. Ha aiutato ricordare che il piano della politica non coincide con quello della politica criminale, e certo non coincide con quello del diritto penale. La confusione dei *ruoli*, e il *ruolo* determinante dei media, vanno ripresi al di là dei limiti di uno studio giuridico e della pazienza dei lettori. Con questo intendere, è rimasto l'obbligo di onorare per cenni l'ultima parte della promessa: offrire un'analisi che sia *razionale* o *creativa*, pensando di poter essere anche *economica* o *romantica*.*

B. *Analisi Economica del reato*. L'analisi economica di per sé offre numerosi strumenti d'indagine che si prestano alla raccolta, classificazione e valutazione di fenomeni sociali. Vale dunque la pena accennare alle possibilità di dialogo tra norme penali e strumenti di analisi economica. Analisi che, su un modello di razionalità economica volta a portare al massimo l'utile comune, ritiene ogni attività umana predisposta a sostituire un'azione peggiore con una migliore. Un modello di razionalità che, l'analisi economica, adotta non solo per il diritto in genere, ma anche per la definizione di reato e la prevenzione delle condotte devianti che lo compongono (cfr. BONDI).

Tuttavia, non si tratta di un generico interesse speculativo per uno strumento di analisi (cfr. PALIERO). Il terrorismo rappresenta un problema anche economico: per come nasce, per come vive, e per cosa provoca. Seguendo alcune ricerche svolte sul filone del terrorismo internazionale, soprattutto *jiihadista*, si cercherà di capire che genere di aiuto ci si può aspettare dall'approccio economicistico dell'analisi normativa.

C. *Fear Economy*. Si calcola che l'attentato dell'Undici settembre 2001 abbia provocato danni diretti per 83 miliardi di dollari; l'attentato di Londra tra i 3-4 miliardi di sterline. Molto superiori sono stati i danni indiretti. Includendo le spese pubbliche per ridurre la vulnerabilità dei centri nevralgici, sono stati spesi 1.000 miliardi di dollari. I 20 minuti in più dei tempi d'imbarco dovuti alle nuove procedure di sicurezza è costato dai 120 ai 150 miliardi di dollari, pari allo 0.5% del PIL mondiale. Certo non tutto è negativo dal punto di vista eco-

nomico, ma è un dato che il terrorismo sia in grado di bloccare e guidare la “mano invisibile” del mercato. Gli economisti registrano con i fatti di terrorismo speculazioni, fluttuazioni del mercato, indirizzamento della spesa verso i “prodotti” della sicurezza, variazioni del PIL (FIOCCA//MONTEDORO).

Peraltro anche per “fare” terrorismo c'è bisogno di un'economia di supporto. Economia che non deve essere trasparente e trovare complicità nel mercato stesso. *Pecunia non olet*, checché ne dicano le sovrabbondanti norme in tema di riciclaggio e impiego di capitali illeciti. Quasi ogni provvedimento internazionale contro il terrorismo tenta invero di colpirne il lato finanziario. Ma la finanza non ha una collocazione esotica: è in casa nostra, nelle nostre banche, nella nostra industria. Come dimostra l'attuale crisi economica, il mondo della finanza è globale negli affari e locale nella *governante* (cfr. FIOCCA/MONTEDORO).

D. *Frammenti di analisi economica del reato*. Strumenti di analisi economica studiano la percezione individuale di eventi esterni, scoprono la maggiore sensibilità alle perdite rispetto ai guadagni, e la minore sensibilità sia alle perdite sia ai guadagni, via via che ci si allontana dal valore originario. In valore assoluto, ha perciò maggior impatto comunicativo dire che ci sono “x” difficoltà nella ricostruzione dell'Iraq, rispetto alla stessa quantità “x” che indica progressi nella ricostruzione del Paese; così come maggior impatto hanno eventi geograficamente vicini a chi li percepisce come, ad esempio, il crollo delle torri gemelle di New York rispetto all'attentato all'ambasciata statunitense di Nairobi.

Ma c'è molto di più. C'è la possibilità di introdurre un modello microeconomico avvicinando, per esempio, il campo religioso al mercato. Di bin Laden, infatti, si è scritto che «*non è l'ideatore né il capo del movimento jihadista [ma il suo geniale imprenditore]*». Dunque, al Qaeda come impresa: per introdurre un nuovo prodotto (la religione) con una nuova strategia di mercato (il terrore): per ridurre i costi, migliorare la produzione, acquisire ed addestrare nuova forza lavoro mediante marketing-manipolazione, facilitare i collegamenti e le alleanze, diffondere *know how*. La parola d'ordine è una sola: strategia, una logica di azione per l'affermazione in un mercato.

Le Costituzioni invero cercano un difficile equilibrio tra sicurezza e diritti, tra tutela della collettività e garanzie individuali. Il terrorismo in generale, e quello religioso in particolare, pone lo Stato di fronte a

obiettivi che riprendono la logica dei giochi strategici tipo “*Dilemma del prigioniero*” (FIOCCA/MONTEDORO).

Con la *teoria dei giochi*, l'analisi economica cerca di prevedere le interrelazioni dei comportamenti su una base oggettivo-motivazionale (cfr. MARRA 1, MORAMARCO, RUSSO, NEUMANN-MORGENSTERN, AUMANN, FÜRST).

Per “gioco”, l'economia intende una situazione competitiva e, senza troppa riverenza, in tal modo definisce i patemi della convivenza sociale. Il fine di questo *gioco* è individuare su base logico-matematica i comportamenti ottimali d'individui e coalizioni in situazioni di conflitto. Detto diversamente: la *teoria dei giochi* supera il limite della teoria microeconomica neoclassica, fornendo uno strumento interpretativo della realtà, anche quando il conseguimento dell'utilità di ciascuno dipende dal comportamento di tutti gli altri in un contesto d'informazione asimmetrica o incompleta. Pertanto, la teoria dei giochi fornisce interpretazioni destinate a solleticare l'interesse del penalista, negando l'assolutezza dei presupposti iniziali della stessa analisi economica sulla ricerca dell'utilità. Se efficace, quest'analisi potrebbe difatti integrare le stime soggettive interessate al delicato tessuto empirico dei reati che più presuppongono elementi di razionalità economica quali fattori determinanti la condotta criminosa. La scommessa è vedere se questa analisi possa offrire soluzioni, oltre che somiglianza di problemi, per la gestione del terrorismo (cfr. BONDI 2).

La “cultura della morte” tipica del terrorismo religioso è un eccellente esempio di scelte spiegabili mediante la teoria dei giochi. In un contesto decisionale complesso, caratterizzato da asimmetrie informative per i soggetti che vi interagiscono, il punto focale è rappresentato dalla soluzione più attraente. Verso di esso si orientano gli interessati. In altri termini, la “cultura della morte” si presta a diventare un punto focale, un momento di attrazione e coordinamento, una prospettiva inaccettabile per l'avversario, dunque, tanto più preferibile per il terrorista. Ma se questo è il meccanismo, si può prevederne la formazione, individuando scelte “razionali” non tanto nelle preferenze individuali, piuttosto nelle scelte canalizzate e nella forza imitativa verso mete che sulla carta offrono maggiori probabilità di successo. Riprendendo l'esempio di KEYNES sul “concorso di bellezza”, per indovinare chi vincerà il concorso non ci si deve concentrare sulle proprie preferenze, ma su quelle altrui e sulla tendenza a conformarsi ad esse (FIOCCA/MONTEDORO).

Com'è noto, almeno ai matematici e agli estimatori del film *"A Beautiful Mind"*, una variante dello stesso esempio è stata ripresa da Nash «*dimostrando che, sotto certe condizioni, esiste sempre una situazione di equilibrio, che si ottiene quando ciascun individuo che partecipa a un dato gioco sceglie la sua mossa strategica in modo da massimizzare la sua funzione di retribuzione, sotto la congettura che il comportamento dei rivali non varierà a motivo della sua scelta (vuol dire che anche conoscendo la mossa dell'avversario, il giocatore non farebbe una mossa diversa da quella che ha deciso). Tutti i giocatori, possono dunque operare una scelta dalla quale tutti traggono un vantaggio (o limitare lo svantaggio al minimo) [...]. Ogni gioco finito che ammetta strategie miste ammette almeno un equilibrio di Nash dove per gioco finito si intende un gioco con un numero qualunque ma finito di giocatori e di strategie, e per strategia mista si intende un sottoinsieme di strategie a ciascuna delle quali l'agente associa una data probabilità e che sceglierà secondo quest'ultima. Poiché la maggior parte dei giochi soddisfano queste condizioni, è praticamente sempre possibile prevedere il comportamento dei giocatori: essi giocheranno un equilibrio di Nash, e se esso è unico, l'esito del gioco è noto a priori*» (http://it.wikipedia.org/wiki/Equilibrio_di_Nash). In breve: sulla carta è possibile prevedere il comportamento di giocatori-terroristi "individuandone" la razionalità delle scelte. E chi prevede è sulla buona strada per prevenire.

D. *Analisi romantica del reato*. C'è differenza tra chiedere guerra e chiedere giustizia. Di fronte a un'analisi analitica, *economica*, di fronte a una maniera di pensare «*scientific policy making*», si può affiancare un approccio «*romantico*», più scettico verso la presunzione delle parole e dei numeri di catturare la verità sul diritto. Un approccio che individua un'idea collettiva di gloria, colpevolezza, punizione; che ricerca grandi cause cui affidare l'identità di una nazione, ma che può pericolosamente prevaricare i parametri di responsabilità individuale su cui è fondato un sistema di pene. Provando a dare un po' d'ordine, per punti si riprendono alcuni passaggi, segnalando la matrice americana dell'analisi e del suo linguaggio (FLETCHER).

E. *Fear Romanticism*. È vera guerra se non è formalmente dichiarata, se riguarda oltre Stati organizzazioni senza Stati? Non sempre la guerra ha avuto la premessa di una dichiarazione formale, non sempre la dichiarazione è stata tempestiva (Giappone 1942). Eppure ciò non ha impedito la guerra, vale a dire il confronto armato fra due o più

soggetti collettivi importanti (<http://it.wikipedia.org/wiki/Guerra>). E tanto per essere pignoli, con un esempio vicino alla provenienza di quest'analisi, nemmeno la Confederazione degli Stati Americani fu mai riconosciuta in sé come Stato, ma anche allora fu guerra con l'Unione degli Stati Americani: 203.000 morti in battaglia e 620.000 morti totali sono una conferma per molti versi convincente.

F. *Frammenti di analisi romantica del reato* Dopo l'Undici settembre 2001, la guerra viene spacciata come condizione per la giustizia. Ma la giustizia è su un altro piano, riguarda la riparazione di un ordine superiore: in questo senso può essere spietata. La guerra non ha bisogno della giustizia, spesso è stata dettata dalla sopravvivenza o perlomeno dalle esigenze di sicurezza: in questo senso può essere meno spietata, più comprensibile.

Unire la guerra alla giustizia crea una miscela esplosiva. Eppure l'idea romantica trova empatia con la "gloria della guerra", l'avvicina all'identità della nazione, e concepisce una "colpevolezza collettiva" che finisce per diventare elemento di raccordo con l'individualità espressa da parte della giustizia liberale: un'idea ardita, ma non priva di argomenti. In proposito, e dopo aver ricordato la riproposizione in tempi recenti del dualismo tra guerra e giustizia, cosa dire del romantico "onore" e dell'illuministica-liberale "dignità"? Il primo può essere anche di una Nazione, il secondo è solo dell'uomo: entrambi sono però parte consolidata del nostro presente normativo e giurisprudenziale.

Insomma, forzando ma non troppo i termini, si riprende l'idea liberale nella sua radice illuministica, per poi scoprire che pur oggi il mondo è coscientemente liberale nella difesa dei diritti e inconsciamente romantico in molte espressioni della cultura giuridica.

Un conflitto inconciliabile nei linguaggi che si ripresenta nei fatti, cercando equilibri in parte nascosti.

Senza girarci attorno, il miglior esempio di questo conflitto rimane l'idea di una *colpevolezza collettiva*, veicolo per rispondere del fatto di pochi quando rappresentativo di una collettività: un abominio per il diritto penale liberale, eppure presente nel formante diritto internazionale penale. Con lo Statuto di Roma si pone, infatti, una responsabilità individuale per fatti di *aggressione, genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra*.

Ma una responsabilità individuale può basarsi su un'azione collettiva, qual è quella espressa da Stati con una guerra? E, soprattutto,

questa responsabilità deve presupporre una *colpevolezza collettiva*? Non sono questioni di poco conto. Proseguendo su questa china, una *colpevolezza collettiva* può fare a meno di una *colpevolezza individuale*: l'innocente per sé, è colpevole per la nascita, per la cittadinanza, per l'etnia, per quel in cui crede, per il ruolo pubblico svolto.

Così com'è vero il contrario: la *colpevolezza individuale* può coprire una responsabilità collettiva. In fondo, si tratta di una deresponsabilizzazione tanto più pericolosa quanto più un sistema democratico rappresentativo e partecipativo permette ai cittadini di essere coautori nelle scelte degli Stati. Il dualismo di una responsabilità giuridica individuale e una responsabilità politica collettiva è stata la strada seguita dal processo di Norimberga in poi. Una strada in fondo equilibrata, finché i fatti dell'Undici settembre 2001, fatti tremendi ma individuabili come reati, sono diventati il veicolo per risposte militari, per atti di guerra in nome della giustizia contro una *colpevolezza*, appunto, *collettiva*. Molte categorie si sono così trovate a giocare fuori casa, costringendo la scienza giuridica a porsi domande sulla politica che ha scoperto e cinicamente sfruttato forme di *romantico pensiero* nascoste tra le pieghe del diritto: tra «*Gloria e colpevolezza nell'era del terrorismo*» (cfr. FLETCHER).

V. Finalmente un pericoloso terrorista

(Ricordare affinché succeda ancora)

Atto unico: l'ultimo. Quante parole, più o meno belle. Si è andato ciarlando di fatti e di reati, di fenomeni e di politica criminale, contro la gestione belligerante delle emergenze per non dimenticare diritto e garanzie costituzionali. Ma cosa deve fare uno Stato, quando turpi individui mettono in discussione la sua identità politica, religiosa, culturale? Inevitabile: deve difendersi! Così è sempre stato e così sempre sarà, senza tanti sofismi.

Ecco la prova. *Cittadella d'Alessandria, addì 26 ottobre 1833*: sono il luogo e la data di una sentenza. Vale la pena di leggerla. È l'ultima testimonianza, premurosamente offerta dalla storia, per un discorso che finisce lontano dalle telecamere. Poche righe, ancora, per affermare che la sensibilità moderna, anche dopo aver «*invocato il divino aiuto*» non accetta una condanna alla «*pena della morte ignominiosa, dichiarando li medesimi esposti alla pubblica vendetta come nemici della*

Patria». Tuttavia, la stessa sensibilità moderna capisce e condivide l'importanza dell'accusa contro chi con «*delittuose pratiche, e maneggi, [cospiri per] sconvolgere e distruggere l'attuale governo, mediante l'insurrezione contro di esso della Regia Armata*». Il fatto è di particolare gravità, per qualunque Stato, in qualunque tempo. E certo nulla cambia sapere che la sentenza citata riguarda un pericoloso terrorista genovese il cui nome è Giuseppe Mazzini: il *padre della Patria*.

Bibliografia di riferimento

- ACKERMANN, B., *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma 2005;
- ALBRECHT, P.A., "Krieg gegen den Terror," -Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, ZStW 117, 2005, 852-864;
- ALLAM, M., *I predicatori dell'odio*, Corriere della sera, 22/07/07, 1, 24;
- APRILE, E., artt. 270-bis cp, in Lattanzi/Lupo, Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, III, Giuffrè, 2005;
- ATRAN, S., *Come combattere l'idra islamista*, in Aspenia, EuropaAmerica Democrazie insicure, Il Sole 24 ore, 49-56;
- AUMANN, R., *Game Theorie*, The New Palgrave dictionary of economics, II, London-Basingstoke, 1987, 460;
- BONDI A. (1) *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Esi, 1999;
- BONDI A. (2) *La ricchezza delle sanzioni*, in Bondi A., *Stravaganze del diritto penale*, Giappichelli, 2008;
- CALABRESI, M., *Cheney, il volto oscuro del potere*, Repubblica, 25/6/07, 21;
- CANCIO MELIA, „Feindstrafrecht“?, ZStW 117, 2005, 267-289;
- CASSESE, A., *Diritto Internazionale* (§ 3.4 La tortura), II, Il Mulino, 2004, 157-163;
- CHIESA, G., ZERO, PIEMME, 2007;
- CONSIGLIERE, S., *La tortura e la verità*, <http://www.ecn.org>
- CORDERO, F., *Lo strano medico che fabbrica i clienti*, La Repubblica, 26/10/06, 22
- DAMBRUOSO, S., *Terrorismo per franchising*, in Aspenia, EuropaAmerica Democrazie insicure, Il Sole 24 ore, 32-37; 11/01/08
- DELLA PORTA, D., *Il terrorismo nel mondo contemporaneo*, ETSS, VIII, 1998, 597-605;
- DELLA SETA, S., *Il ritiro secondo Sharon*, in Aspenia, EuropaAmerica Democrazie insicure, Il Sole 24 ore, 164-173;
- DELPECH, T., *È proprio un problema di intelligence?* in Aspenia, EuropaAmerica Democrazie insicure, Il Sole 24 ore, 89-96;
- DESHOWITZ A. M., *Terrorismo*, Roma, 2003;
- DONINI, M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, SO-Stella, I, Jovene, 2007, 80-162;
- DRESSLER, J., *Understanding criminal law*, 3^a ed., LexisNexis, 2001;
- FALLACI, O., *La forza della ragione*, Rizzoli, 2004, 7-279;
- FERRAJOLI, L., *Il sottosistema penale d'eccezione*, in Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000, 844-877;
- FIOCCA, M./MONTEDORO, G., *Diritto alla sicurezza ed economia del terrore*, Luiss University Press, 2006, 1-310;

- IORE, S., Convegno su *Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali*, Urbino 5-6, 2006;
- FLETCHER, P.G., *Romantics at war. Glory and Guilt in the age of Terrorism*, Princeton University Press, 2002, 1-251;
- FLORA, G., *Intervento Convegno su Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali*, 5-6 maggio 2006;
- FRATIANNI, M./KANG, H., *International Terrorism*, in *International Trade and Border*, October 2005;
- FUKUYAMA, F., *L'interventismo democratico*, Aspenia, *EuropAmerica* Democrazie insicure, *Il Sole* 24 ore, 22-30;
- FÜRST, D., *Giochi, teoria dei* (voce), ETSS, IV, Roma, 1994, 299;
- GOODMAN, A., (*Democracy now*), *Rapimenti CIA in Italia, una rete occulta?*, <http://www.nuovimondimedia.com>;
- GRECO, L., *Über das sogenannte Feindstrafrecht*, GA, 2006, 96-113;
- HASSEMER, W. (1), *An der Kette des Rechts*, *Die Woche*, 2/11/2001, 10;
- HASSEMER, W. (2), *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Klostermann Verlag, 2007;
- GUOLO, R., *Il jihad in Italia*, in Aspenia, *EuropAmerica* Democrazie insicure, *Il Sole* 24 ore, 38-48;
- HOUOUBEN, M., *Ricostruire privatamente l'Iraq*, in Aspenia, *EuropAmerica* Democrazie insicure, *Il Sole* 24 ore, 131-139;
- GONZALES CANO, I., *La normativa spagnola più recente in materia di terrorismo. Approccio multidisciplinare*, P. Maffei (trad. di), Convegno su *Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali*, Urbino 5-6, 2006;
- INSOLERA, G., *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, DPP, 7/2006, 897-899;
- ISS-EU, *Effetto Iraq: la discussione di Parigi*, in Aspenia, *EuropAmerica* Democrazie insicure, *Il Sole* 24 ore, 174-184;
- JAKOBS, G., *Terroristen als Personen im Recht?*, ZStW 117, 2005, 839-851;
- KAGAN, F.W., *L'arte antica della guerra*, in Aspenia, *EuropAmerica* Democrazie insicure, *Il Sole* 24 ore;
- KAUFMANN, ART., *Rechtsphilosophie*, Beck, 2007;
- KAY, D., *Il problema è stato nel metodo*, in Aspenia, *EuropAmerica* Democrazie insicure, *Il Sole* 24 ore, 97-103;
- LEWIS, A., *Legalizzare la tortura*, <http://www.larivistadelibri.it/2004/10/lewis.html>
- MANTOVANI, F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solidità» del diritto penale*, SO-Marinucci, II, Giuffrè, 2006, 1170-1211;
- MARESCOTTI, D., *L'imperatrice Maria Teresa d'Austria e la tortura*, <http://db.peacelink.org>;
- MARINUCCI, G., *Ricordo di Federico Stella*, RIDPP, 2007, 3-9;
- MARRA, G. (1), *Sicurezza e sistema penale* (in corso di pubblicazione);
- MARRA, G. (2), *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, 2009;
- MARTINI, A., *La nuova definizione di terrorismo: il D.L. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in L. 31/7/2005 n. 155*, in *Studium iuris* 2006;
- MIRAGLIA, M., *Lotta al terrorismo internazionale negli USA: morte e resurrezione delle military commission* (S.C. 29/6/06 Hamdan/Rumsfelds);

- MONACO, L., *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, StUrb, 1980-81;
- MONTEDORO, G., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in Aspenia, *EuropAmerica Democrazie insicure*, Il Sole 24 ore, 57-66;
- MORAMARCO, V., *Giochi, teoria dei* (voce), EDEG, Milano, 1985, 561;
- MOROSINI, P., *Intervento Convegno su Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali*, 5-6 maggio 2006;
- MOUNTOLIVE, *Il quartetto di Baghdad*, in Aspenia, *EuropAmerica Democrazie insicure*, Il Sole 24 ore, 113-130;
- NASH, J., *The Bargaining Problem*, *Econometrica*, XVIII, 1950, 155;
- NEUMANN-MORGENSTERN, *Theorie of games and economic behavior*, Princeton, 1944;
- NUSSBAUM, M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005;
- PALIERO, C.E., *L'economia della pena (un work in progress)*, in SO-Marinucci, I, Giuffrè, 2006, 539;
- PELLICANI, L., *Terrorismo (Aspetti storici)*, ETSS, VIII, 1998, 590-597;
- PRANTL, H., *Die Karlsruher Republik*, *Süddeutsche Zeitung* nr. 20, 2008;
- PULITANÒ, D., *Diritto penale*, Giappichelli, 2007;
- PRINS, G., *La responsabilità di proteggere*, in Aspenia, *EuropAmerica Democrazie insicure*, Il Sole 24 ore, 104-112;
- REITANO, S., *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, IP, 2004, 1173-1231;
- RIOTTA, G., *Macchiavelli non basta più: l'etica come Realpolitik*, in Aspenia, *EuropAmerica Democrazie insicure*, Il Sole 24 ore, 81-88;
- ROSI, E., *Terrorismo internazionale*, DDP, Aggiorn. * * *, II, 1628-1648;
- ROXIN, C., *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?* FS-Eser, Beck, 2005;
- RUSSO, E.Á., *Il terzo scacchiere. Un'approssimazione alle teorie dello Stato e del diritto a partire dalla teoria dei giochi*, Padova, 2003;
- SACCUCCI, A., *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, in Kistoris/Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, 2005, 365-392;
- SINCLAIR, A., *Storia del terrorismo*, Newton & Compton, 2003, 7-319;
- SPENCER, J.R., *Intervento Convegno su Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali*, 5-6 maggio 2006;
- STELLA, F., *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra, di terrorismo: il modello Barak*, RIDPP, 2005, 938-950;
- STELLA, F., *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, 2006, 115-125; 221-245;
- VIGANÒ, F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, RIDPP, 2006, 648-703;
- ZAFFARONI, E.R., *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, Resta, F., (trad. di), SO-Marinucci, I, Giuffrè, 2006, 757-789;
- ZAKARIA, F., *Rifare l'America in Medio Oriente*, in Aspenia, *EuropAmerica Democrazie insicure*, Il Sole 24 ore, 155-163;
- ZECCHINI, S., *Le linee guida e strategie dell'Europa per contrastare le nuove minacce alla sicurezza*, Convegno Urbino, 5-6 maggio 2006.

NUOVI PROFILI DELL'IDENTIFICAZIONE PERSONALE

1. Le innovazioni. – L'art. 10 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante “Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale”, convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155, ha ampliato i poteri di iniziativa della polizia, mediante un’“aggiunta” a due articoli del codice e un “richiamo” di disciplina.

Gli articoli “arricchiti” sono il 349 c.p.p. (*Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone*) e il 354 c.p.p. (*Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro*), mentre la disciplina “richiamata” è quella dell’articolo 11 (*Procedure di identificazione delle persone*) del decreto-legge 21 marzo 1978, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1978, n. 191, recante “norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati”.

Nell’art. 349 c.p.p. è stato introdotto un comma 2-*bis*, per stabilire che se gli accertamenti necessari per identificare la persona, indagata o informata sui fatti, comportano il prelievo di materiale biologico e l’interessato non presta il consenso, la polizia giudiziaria – nel rispetto della dignità del soggetto – procede, comunque, al prelievo, dopo essere stata autorizzata dal magistrato del pubblico ministero, che, per ragioni di urgenza, può anche esprimersi oralmente, provvedendo, poi, ad inviare l’autorizzazione scritta.

È una novità assoluta, perché, per la prima volta, la polizia giudiziaria viene legittimata a compiere atti di coazione fisica in danno della persona, che possono comportare anche l’impiego di mezzi necessari per immobilizzare il soggetto.

Nell’art. 354, comma 3, c.p.p. è stato aggiunto il periodo “se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico si osservano le disposizioni del comma 2-*bis* dell’articolo 349”.

Infine, il comma 6 dell’art. 10 del decreto-legge in commento stabilisce che “le disposizioni di cui al comma 2-*bis* dell’articolo 349 del codice di procedura penale si osservano anche per le procedure di identificazione di cui all’articolo 11 del decreto-legge 21 marzo 1978,

n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1978, n. 191”.

2. La disciplina precedente. – Le disposizioni interessate dalla riforma attengono alla identificazione della persona indagata da parte della polizia giudiziaria e all'esecuzione, ad iniziativa di quest'ultima, di accertamenti e rilievi sulla persona, quando sussista pericolo che, in attesa dell'intervento del magistrato del pubblico ministero, si alterino o si disperdano le tracce e le cose pertinenti al reato.

Alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini la polizia giudiziaria può procedere anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici, nonché altri accertamenti.

L'inciso “nonché altri accertamenti” permette di “utilizzare” la norma anche per quelle indagini che lo sviluppo della tecnica o le peculiarità del caso rendano necessarie o opportune ai fini della identificazione dell'indagato¹.

La disciplina non è apparsa suscettibile di rilievi di incostituzionalità, perché l'imposizione dell'obbligo di prestarsi alla propria identificazione, declinando le generalità e sottoponendosi a rilievi dattiloscopici, fotografici e ad ogni altro rilievo necessario non costituisce violazione dei diritti costituzionalmente garantiti².

Per la verità, si tratta di accertamenti che vanno al di là del fine per cui vengono disposti, nel senso che i loro effetti non si esauriscono con il completamento della procedura di identificazione, per la prosecuzione dell'attività investigativa, ma acquistano un vero e proprio valore indiziario e possono riverberarsi sull'impianto probatorio, sul quale si basa il giudice per la decisione.

Contrariamente a quanto avviene, ad esempio, per le notizie e le

¹ Così la *Relazione al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale* del 24 ottobre 1988, Supplemento ordinario n. 2, p. 87.

² In questi termini, ancora, la *Relazione, cit., loc. ult. cit.*, la quale riporta l'orientamento della Corte costituzionale, secondo cui i rilievi puramente esteriori, non comportanti ispezioni personali, costituiscono prestazioni imposte e non vere e proprie restrizioni fisico-morali alla libertà e possono essere consentiti in vista della prevenzione e repressione dei reati, sempre che facciano capo a categorie determinate di soggetti ed a particolari condizioni previste dalla legge, come, appunto, si verifica per gli indiziati di reato (Cfr., ad esempio, la sentenza n. 30 del 27 marzo 1962, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 242).

indicazioni assunte dall'indagato sul luogo o nell'immediatezza del fatto, senza la presenza del difensore, che non possono essere documentate o utilizzate e servono solo ai fini della immediata prosecuzione delle indagini, i rilievi identificativi, che debbono essere documentati, possono essere utilizzati.

Tant'è che, con riferimento alla ricognizione fotografica, si è stabilito che il valore indiziario dell'atto compiuto dalla polizia giudiziaria non viene meno, qualora la ricognizione della medesima persona venga successivamente espletata, con esito difforme, in sede di incidente probatorio³.

La norma tocca un argomento estremamente delicato, perché la sua interpretazione estensiva potrebbe portare ad una eccessiva dilatazione dei poteri di polizia giudiziaria, anche al di là della ragion d'essere della disposizione stessa, come, ad esempio, è avvenuto quando si è deciso che essa autorizzerebbe la polizia giudiziaria ad effettuare, di propria iniziativa, con l'aiuto di personale specializzato, raffronti tra le impronte rilevate e quelle appartenenti a pregiudicati custodite negli archivi segnaletici⁴.

Ma, la polizia giudiziaria può, di sua iniziativa, effettuare rilievi anche per esigenze diverse dalla identificazione dell'indagato.

Ciò può avvenire, secondo quanto previsto dall'art. 354, comma 3, c.p.p., quando, in fase di accertamenti urgenti sulla persona, prima dell'intervento del magistrato del pubblico ministero, si ravvisi il concreto pericolo di alterazione o dispersione delle tracce del reato e non si possa attendere la presenza del magistrato⁵.

Tuttavia, anche in questo caso, in aderenza all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale⁶, gli accertamenti non possono consistere in ispezione personale.

³ Cass. Sez. VI, 8 marzo 1993, Messina, in CED 193796. Nello stesso senso, Cass. Sez. I, 10 febbraio 1995, Carlucci, in CED 200234; Cass. Sez. VI, 18 febbraio 1994, in CED 197866.

⁴ In tali termini, Cass. Sez. fer., 27 agosto 1995, Romano, in Cass. Pen., 1995, p. 693, con nota contraria di Vessichelli.

⁵ La disposizione, non prevista dal progetto preliminare del codice, è stata inserita nel progetto definitivo, in accoglimento di un suggerimento della corte di cassazione, al fine di consentire alla polizia giudiziaria l'accertamento delle tracce del reato desumibili dalla persona, come, ad esempio, macchie di sangue o reazioni chimiche dell'espiazione a prova di uno stato di ubriachezza. Così la *Relazione al progetto definitivo del nuovo codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale*, cit., p. 187.

⁶ Cfr., *retro*, nota 2.

3. Le questioni emerse nel corso dei lavori parlamentari: a) la compatibilità costituzionale della norma. – Pur nella ristrettezza dei tempi del dibattito parlamentare, contenuto in spazi sicuramente troppo angusti, per l'esigenza di pervenire rapidamente alla conversione in legge del decreto-legge, sono state sollevate questioni di indubbio interesse, che vale la pena di approfondire, anche in considerazione del fatto che, a tutt'oggi, il legislatore non ha dato ancora risposta ad una esigenza di garanzia evidenziata dalla Corte costituzionale.

Si è osservato che la norma, così come strutturata, poneva un triplice problema di compatibilità costituzionale, con riferimento agli artt. 13 e 24 Cost., per la mancata previsione sia di un atto motivato dell'autorità giudiziaria per il prelievo del materiale biologico e della descrizione dei casi e dei modi del prelievo sia della presenza del difensore, necessaria per un'ispezione personale⁷.

Si è insistito sulla circostanza che il prelievo della saliva certamente comporta un restringimento della libertà personale, essendo evidente che tale misura rappresenta un trattamento invasivo, e, quindi, sono state manifestate perplessità sulla coerenza della previsione con i principi enunciati, in materia, dalla Corte costituzione⁸.

Su questa linea, si è proposta la soppressione della norma, ritenuta profondamente in contrasto con l'articolo 13, commi 1 e 2, della Costituzione, per cui la libertà personale è inviolabile e non è ammessa forma alcuna di restrizione, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria⁹.

In proposito, è stato ricordato che la Corte costituzionale, pur autorizzando il prelievo coattivo, raccomanda che siano identificati con precisione i casi e i modi con cui intervenire ai fini dell'espletamento dell'atto e fa riferimento, seppure indirettamente, alla necessità che trovino applicazione le garanzie difensive¹⁰.

⁷ Cfr. *Intervento* dell'on. Pecorella nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.2, il quale ha additato un errore tecnico nell'aggiunta, oltre al prelievo della saliva, anche del prelievo di capelli, perché, a suo avviso, attraverso l'esame del DNA dei capelli non si ha la certezza di una individuazione certa e, pertanto, avendo previsto le due ipotesi alternative, si consente alla persona ovviamente di scegliere quale sia la strada che preferisce intraprendere e quindi di consentirle di proporre il prelievo di un capello.

⁸ *Intervento* dell'on. Mascia nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.1.

⁹ *Intervento* dell'on. Pisapia nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.2.

¹⁰ Così l'on. Taormina, relatore per la 2^a Commissione, nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.1.

Di qui, la presentazione di una serie di emendamenti, tesi non solo ad una più puntuale descrizione della fattispecie¹¹, ma pure a prevedere la presenza del difensore¹² o a modificare l'art. 651 c.p., per sanzionare con pene più elevate il rifiuto di fornire le proprie generalità¹³, per connotare il prelievo come atto di indagine¹⁴ e radicare, in tal modo, la presenza del difensore¹⁵ o, quanto meno, di una persona di fiducia¹⁶.

¹¹ *Emendamento* 10. 1. Pecorella, Ghedini (*"al comma 1, sostituire il capoverso 2-bis con il seguente: 2-bis. Nei casi in cui ricorrano sufficienti indizi per ritenere la falsità delle dichiarazioni della persona richiesta sulla propria identità personale o dei documenti di identità da essa esibiti, o vi siano dubbi sulla sua identificazione o nei casi di assoluta necessità ai fini delle indagini, gli accertamenti di cui al comma 2 possono comportare il prelievo di materiale biologico dal cavo orale o di capelli. Ove manchi il consenso, la polizia giudiziaria, con l'ausilio di adeguato personale sanitario, provvede al prelievo coattivo, con le modalità meno invasive e attuate dal personale sanitario stesso, nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero. Prima di procedere al prelievo l'interessato è avvertito della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120"*), in *Appendice*, § 8.4.

¹² *Emendamento* 10. 5. Sgobio, Diliberto, Armando Cossutta, Bellillo, Maura Cossutta, Galante, Pistone, Vertone, Cento (*"Al comma 2, sostituire le parole: previo avviso anche orale al pubblico ministero con le seguenti: previo avviso al pubblico ministero e al difensore d'ufficio o di fiducia nominato a seguito della contestazione del reato di cui all'articolo 651 del codice penale"*), in *Appendice*, § 8.4.

¹³ *Emendamento* 10. 10. Cento, Zanella (*"1. L'articolo 651 c.p. è sostituito dal seguente: Art. 651. (Rifiuto d'indicazioni sulla propria identità personale). – Chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato, o su altre qualità personali, è punito con l'arresto da tre mesi a due anni e con l'ammenda fino a euro 5000"*), in *Appendice*, § 8.4.

¹⁴ *Emendamento* 10. 13. Cento, Boato, Zanella (*"Al comma 2, sostituire le parole: previo avviso anche orale al pubblico ministero con le seguenti: previo avviso al pubblico ministero e al difensore d'ufficio o di fiducia nominato a seguito della contestazione del reato di cui all'articolo 651 codice penale"*), in *Appendice*, § 8.4.

¹⁵ *Emendamento* 10. 17. Pisapia, Mascia, Boato (*"Al comma 2, sostituire le parole: previo avviso anche orale al pubblico ministero con le seguenti: previo avviso al pubblico ministero e al difensore d'ufficio o di fiducia nominato a seguito della contestazione del reato di cui all'articolo 651 del codice penale"*), in *Appendice*, § 8.4.

¹⁶ *Emendamento* 10. 19. Pisapia, Mascia, Boato (*"Al comma 2, dopo le parole: al Pubblico Ministero aggiungere le seguenti: e, a richiesta dell'interessato, a un familiare o convivente e a un legale di fiducia, ovvero a un avvocato d'ufficio"*), in *Appendice*, § 8.4.

4. Segue: b) la rilevanza probatoria dei dati identificativi acquisiti mediante l'analisi di materiale biologico. – Altra questione di sicuro interesse è quella relativa alla utilizzabilità, a fini probatori, dei risultati delle analisi eseguite su campioni di materiale biologico.

Si è, al riguardo, ritenuta non razionale la limitazione del prelievo e la conseguente effettuazione di analisi ai soli fini identificativi, dal momento che, avendo a disposizione il dato relativo al DNA, che potrebbe rilevarsi assolutamente determinante o rilevante al fine di svolgere un'indagine efficace, sia contro il terrorismo sia contro altri fenomeni criminali, non si comprende per quale ragione ci si debba privare della possibilità di utilizzare quella prova a causa della mancata previsione delle corrette modalità procedurali e delle forme in cui questo tipo di analisi potrebbe aver luogo anche a fini probatori¹⁷.

Per conseguire tale finalità, si è suggerito di intervenire sull'art. 224 c.p.p., oggetto di una censura di illegittimità costituzionale, nella parte in cui consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponesse misure comunque incidenti sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge¹⁸.

La proposta emendativa, nel riprendere i risultati di uno studio elaborato dal gruppo di lavoro biosicurezza e sfociato in uno schema di progetto di legge¹⁹, ha ipotizzato un intervento più organico, tendente a regolamentare non solo le modalità di esecuzione della perizia, ma anche quelle relative al compimento di accertamenti urgenti, da parte del magistrato del pubblico ministero, con le conseguenti previsioni di carattere penale, per il caso di mancata collaborazione dell'interessato²⁰.

In definitiva, l'occasione è apparsa utile per proporre una modifica della disciplina della perizia, che riempisse il "vuoto" lasciato dall'intervento demolitore della Corte costituzionale.

Sennonché, la decisione del governo di porre la questione di fidu-

¹⁷ *Intervento* dell'on. Kessler nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.1.

¹⁸ *Intervento* dell'on. Kessler nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.2.

¹⁹ Il gruppo è stato istituito, nell'ambito del Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, con Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 3 marzo 2004.

²⁰ *Emendamento* 10. 04. Kessler, Bonito, Finocchiaro, Lucidi, in *Appendice*, § 8.4.

cia ha “blindato” il testo approvato dal Senato e tutti i suggerimenti pervenuti dal dibattito alla Camera dei deputati sono rimasti solo come testimonianza delle implicazioni conseguenti ad una innovazione dettata da ragioni di urgenza.

5. Segue: c) la costituzione di una banca dei dati identificativi acquisiti mediante l'analisi di materiale biologico. – Tra i più interessanti suggerimenti vi è sicuramente quello relativo alla istituzione di una banca dei dati acquisiti mediante analisi di campioni di materiale biologico, sia per disporre di un patrimonio conoscitivo utile per la lotta al terrorismo²¹, sia per evitare il proliferare di raccolte, ad iniziativa di ciascuna forza di polizia²².

È stata, quindi, proposta l'istituzione di una banca presso il ministero dell'interno²³, sotto il controllo dell'autorità garante per la tutela dei dati personali²⁴, come clausola di salvaguardia, affinché il garante della *privacy*, solo su richiesta dell'autorità giudiziaria e con tutte le opportune ed indispensabili cautele, possa fornire i dati necessari solo ai fini dell'identificazione della persona²⁵.

Il governo ha accolto il suggerimento sotto forma di ordine del giorno, in vista della costituzione di una banca dei dati del DNA, ovviamente interforze²⁶.

6. La questione del prelievo coattivo di materiale biologico: a) L'orientamento “permissivo” della Corte costituzionale. - La riforma ha toccato un tema, quello del prelievo coattivo di materiale biologico, che ha formato oggetto di più di un intervento della Corte costituzionale e che è tuttora al centro del dibattito parlamentare²⁷.

²¹ Critica, al riguardo, l'on. Mascia, che nel suo *Intervento* nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.1, ha osservato che nel Regno Unito da due anni esiste la più grande banca dati del DNA del mondo. I prelievi vengono eseguiti nei confronti di tutte le persone fermate, ma ciò non è servito a prevenire gli attentati di Londra. Resta comunque il problema della gestione di una banca dati di questo tipo, che può essere utilizzata in qualunque modo.

²² *Intervento* dell'on. Sinisi nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.1.

²³ *Emendamento* 10. 01. Sinisi, Fanfani, Fistarol, Bressa, in *Appendice*, § 8.4.

²⁴ *Emendamento* 10. 03. Pisapia, Mascia, Boato, in *Appendice*, § 8.4.

²⁵ *Intervento* dell'on. Pisapia nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.2.

²⁶ *Intervento* dell'on. Mantovano nella seduta del 30 luglio 2005, in *Appendice*, § 10.2.

²⁷ Cfr., *infra*, § 8.

È singolare che la soluzione proposta con il decreto-legge in commento, per un verso, non tenga conto delle decisioni della Corte e dei principi in esse enunciati e, per altro verso, prenda le distanze dal dibattito parlamentare, ignorandone i termini.

Si tratta, a mio avviso, di due punti di vista dai quali non si può prescindere e, pertanto, reputo opportuno ripercorrere, in via di sintesi, le tappe del “percorso costituzionale” dell’attività di prelievo di campioni di sostanze biologiche da una persona sottoposta a procedimento penale e verificare a quale livello sia giunto il “percorso parlamentare” avviato per colmare il “vuoto” determinato da un intervento demolitore della Corte costituzionale.

Nel vigore del codice del 1930, la Corte costituzionale era stata chiamata a stabilire se, in relazione all’art. 13, comma 2, Cost., potessero ritenersi legittime le disposizioni relative alla perizia (artt. 146, 314 e 317 c.p.p.) nelle parti in cui consentivano al giudice di disporre, avvalendosi anche di poteri coercitivi, perizie medico-legali comportanti prelievi di sangue.

La Corte rispose che la perizia medico-legale è uno dei modi mediante i quali è lecito per l’organo giudicante, previa congrua motivazione, attuare restrizioni alla libertà personale, nei limiti stabiliti dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali alla vita, all’incolumità personale e al rispetto della dignità della persona e dell’intimo della psiche.

Poiché il prelievo non può considerarsi tale da mettere in pericolo la vita o l’incolumità della persona, né lesivo della sua dignità e integrità psichica, trovando peraltro fondamento nelle esigenze di accertamento della verità e venendo disposto con atto motivato dell’autorità giudiziaria, la questione fu giudicata infondata²⁸.

La sentenza affrontava la delicata problematica dell’efficacia diretta delle disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali e sul diritto alla salute (artt. 2 e 32 Cost.), rinvenendo nei principi fondamentali della Costituzione altrettanti limiti ai poteri dispositivi coattivi del giudice penale, con la conseguenza che l’ammissibilità della prova implicante il prelievo coattivo di sangue andava valutata anche alla stregua di tali principi, per ricavare da essi precisi divieti istruttori in ordine a determinate prove ed in particolare a quelle suscettibili di mettere in

²⁸ Corte cost. 24 marzo 1986, n. 54.

pericolo la vita o l'incolumità, di ledere la dignità della persona o di invadere l'intimo della sua psiche.

La riconduzione dell'atto che dispone l'esame coattivo del sangue tra i provvedimenti restrittivi della libertà personale *ex art. 13 Cost.* non poteva non sollecitare riflessioni critiche che puntualmente si sono manifestate sia a favore che contro la soluzione adottata dalla Corte.

7. Segue: b) l'orientamento "restrittivo" della Corte costituzionale: l'illegittimità dell'art. 224 c.p.p. – Il codice vigente ha lasciato aperta la questione, ritenendosi, evidentemente, da parte dei compilatori, che quanto stabilito dalla Corte costituzionale, sotto il vigore del codice abrogato, dovesse continuare a valere, nel senso che dovesse considerarsi oramai *ius receptum* il principio secondo cui il prelievo coattivo di materiale biologico, nella specie il prelievo di sangue, pur essendo un atto invasivo della sfera della libertà personale, non sarebbe tale da porsi in contrasto con la protezione che a tale libertà è assicurata dalle garanzie costituzionali.

Senonché, reinvestita della questione, la Corte costituzionale ha mutato indirizzo, dichiarando illegittimo, per contrasto con l'art. 13, comma 2, Cost., l'art. 224, comma 2, c.p.p., nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori dei "casi" e dei "modi" previsti dalla legge.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del prelievo ematico coattivo, per l'espletamento di una perizia, ha affermato che la disposizione censurata presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione al positivo dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere all'esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale²⁹.

La decisione, come era prevedibile, ha interessato in modo particolare la dottrina, che, consapevole della estrema delicatezza dell'argomento, non ha mancato di andare, il più delle volte, al di là delle mere riflessioni critiche, fornendo anche utili suggerimenti *de iure condendo*.

²⁹ Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3222 s.

8. I tentativi legislativi di risoluzione della questione. – Subito dopo l'intervento della Corte costituzionale, veniva presentato un progetto di legge³⁰, per “garantire la protezione della *privacy* delle persone sottoposte a *test* del Dna nel corso di indagini condotte dall'autorità giudiziaria, contemperandola con l'esigenza di garantire all'autorità giudiziaria mezzi di indagine adeguati”.

Ad avviso dei proponenti, una definizione idonea a superare l'indeterminatezza censurata dalla Corte potrebbe essere tratta dall'entità della pena prevista per il reato per il quale si procede. Si è previsto, pertanto, di consentire i *test* per i reati puniti con l'ergastolo o con la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni³¹.

Stimolato dal dibattito della dottrina, anche il governo assumeva l'iniziativa di proporre una nuova regolamentazione della perizia penale, tesa ad abbracciare “tutto il complesso delle misure incidenti sulla libertà personale che possano rendersi necessarie al fine dell'espletamento della perizia”.

Si teneva conto “non solo di tutti i possibili prelievi di campioni di liquidi o tessuti biologici su persone viventi, ma anche dell'insieme degli accertamenti medici o diagnostici esulanti dallo stretto ambito dell'ispezione corporale, in quanto suscettivi anch'essi di comportare limitazioni della libertà personale dell'individuo e “invasioni” della sua sfera corporale intima”, per disciplinare anche “le omologhe operazioni disposte o richieste dal magistrato del pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria nel quadro delle attività di indagine, fuori del collegamento con un accertamento peritale”.

In questa prospettiva, fondamentale appariva la distinzione – conosciuta anche dagli ordinamenti di altri Stati membri dell'Unione europea – tra prelievi e accertamenti “invasivi” e “non invasivi” della sfera corporale intima della persona, per stabilire che, mentre gli accerta-

³⁰ V. progetto di legge n. 2572, d'iniziativa dell'on. Melandri ed altri, presentato il 28 ottobre 1996, recante “Introduzione dell'articolo 224-*bis* del codice di procedura penale in materia di accertamenti ematici e di esami di comparazione del codice genetico”, del seguente tenore: “Art. 224-*bis* - (*Accertamenti ematici ed esami di composizione del codice genetico*). – 1. Nei casi di consulenza tecnica o perizia aventi ad oggetto accertamenti ematici o esami di comparazione del codice genetico di tessuto umano, sono osservate le garanzie a tutela della dignità e della riservatezza della persona sottoposta ad esame previste dagli articoli 245 e 329. 2. Tali accertamenti sono altresì ammessi solo nei casi in cui si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni”.

³¹ Così la *Relazione* al progetto di legge n. 2572.

menti “non invasivi”, comportanti un sacrificio per l'individuo non apprezzabilmente superiore a quello insito nell'ispezione corporale, potessero essere disposti, nei congrui casi, anche contro la volontà dell'interessato, per quelli “invasivi” la regola era della necessità del consenso.

In mancanza di consenso, la possibilità di disporre l'esecuzione coattiva veniva subordinata al concorso di specifiche condizioni legittimanti, connesse alla gravità del reato ed alla indispensabilità dell'accertamento ai fini della prova dei fatti, attribuendo il relativo potere in via esclusiva al giudice, salvi i casi eccezionali di assoluta indifferibilità, con previsione di una esecuzione coattiva ordinata dal magistrato del pubblico ministero con provvedimento soggetto a convalida³².

Entrambe le iniziative, l'una, estremamente sintetica e, l'altra, più articolata, non hanno avuto seguito, tanto è vero che solo di recente³³ sono state presentate altre due proposte di legge, sulle quali si è avviata la discussione parlamentare.

Le due proposte sono state unificate per la trattazione, in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, in sede referente³⁴, che ha stabilito di adottare come testo-base la proposta di legge n. 4682, rispetto alla quale sono stati presentati numerosi emendamenti.

9. I limiti all'iniziativa peritale scaturenti dalla distinzione tra “mezzi invasivi” e “mezzi non invasivi”. – Nel momento storico in cui è intervenuto per modificare gli artt. 349 e 354 c.p.p. – e, di riflesso, l'art. 11 del decreto-legge 21 marzo 1978, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1978, n. 191 – il legislatore

³² In questi termini la *Relazione* al disegno di legge n. 3009, presentato dall'allora ministro di grazia e giustizia Flick e comunicato alla Presidenza della Camera dei Deputati il 20 gennaio 1998, recante “Disciplina dei prelievi di campioni biologici e degli accertamenti medici coattivi nel procedimento penale”.

³³ V. la proposta di legge n. 4161, di iniziativa dell'on. Franz ed altri, recante “Disposizioni in materia di prelievo coattivo di materiale biologico finalizzato all'esecuzione delle analisi del DNA dell'imputato o dell'indagato”, presentata il 15 luglio 2003 e la proposta di legge n. 4682, di iniziativa dell'on. Onnis ed altri, presentata il 10 febbraio 2004, recante “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici invasivi”.

³⁴ V. la *Relazione* dell'on. Onnis, che ha illustrato i contenuti delle due proposte, in *Atti della Camera, II Commissione, sede referente, resoconto della seduta del 15 settembre 2004*, p. 21-23.

aveva, quindi, dinanzi a sé, in questa materia, un quadro normativo incompleto.

Non essendo riuscito il Parlamento a portare a termine, pur disponendo di circa nove anni, la modifica della disciplina della perizia penale in sintonia con le pronunce della Corte costituzionale, permane il “vuoto” creato dalla sentenza che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 224 c.p.p., nella parte in cui consentiva che il giudice, nell’ambito delle operazioni peritali, disponesse misure comunque incidenti sulla libertà personale dell’indagato o dell’imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei “casi” e nei “modi” dalla legge.

Ciò vuol dire che il giudice penale non può dare seguito ad una perizia che comporti un prelievo di sostanze biologiche, quando il soggetto interessato non presti il consenso.

L’esperibilità del mezzo di prova è, quindi, limitata, oggi, all’uso di mezzi non invasivi della *privacy* del soggetto, intendendosi per tali tutti gli accertamenti che si risolvono nell’osservazione esterna della persona e nel prelievo di cose od oggetti, suscettibili di essere sottoposti a sequestro come corpo del reato o pertinenze dello stesso.

Se il campione sul quale si deve svolgere la perizia è costituito da sostanza biologica, la perizia o, più in generale, l’accertamento tecnico, si può svolgere solo su persona consenziente o all’insaputa di persona non consenziente.

Il ritrovamento di traccia del reato contenente sostanza biologica può essere posto a fondamento di un accertamento tecnico o peritale, perché l’acquisizione non ha interferito sulla riservatezza del soggetto. Allo stesso modo, se l’interessato presta consenso, non sorgono problemi di violazione della libertà.

Al di fuori di queste ipotesi, il giudice penale – e, prima ancora, il magistrato del pubblico ministero – non possono, in carenza di una previsione legislativa che specifichi “casi” e “modi” dell’invasione della sfera di riservatezza personale, dare corso ad un accertamento scientifico su campioni di sostanze biologiche, che debbono essere versate dall’interessato.

Paradossalmente, ciò che non è consentito al magistrato del pubblico ministero ed al giudice è permesso, oggi, alla polizia giudiziaria, per effetto della recente riforma.

10. I “rilievi” necessari per l’identificazione e per la non dispersione delle tracce del reato e gli “accertamenti” comportanti il “prelievo” di sostanze biologiche. – Le due disposizioni del codice di pro-

cedura penale sulle quali è intervenuto il legislatore dell'emergenza hanno una distinta ragion d'essere, nel senso che lo scopo che intende conseguire la prima è del tutto diverso da quello che caratterizza la seconda.

L'art. 349 c.p.p., ai commi 2 e 2-*bis*, contiene previsioni applicabili quando non sia possibile, per altra via, procedere all'identificazione dell'indagato: se è certa l'identità della persona, attestata da idonea documentazione o da attendibile attestazione, non v'è ragione di ricorrere a "rilievi" o ad "altri accertamenti".

Espressamente è detto che si procede agli uni o agli altri "ove occorra", vale a dire quando non sia altrimenti possibile ottenere una completa identificazione.

Ma, l'art. 349 c.p.p., al comma 4, prevede anche che si proceda a quello che è un vero e proprio fermo di polizia giudiziaria, per la durata complessiva di ventiquattro ore, quando a sottrarsi alla identificazione sia non solo l'indagato ma pure il possibile testimone.

In effetti, la procedura identificativa, nella duplice forma della esecuzione di "rilievi" e, qualora essi non risultino sufficienti, del "prelievo" di campioni di sostanze biologiche, è applicabile solo nei confronti dell'indagato, mentre il fermo di polizia giudiziaria, per fini identificativi, può essere disposto tanto nei riguardi dell'indagato quanto in danno di chi, per avventura, si trovi ad essere presente ad un episodio nel quale si configurano fattispecie di reato o, comunque, sia a conoscenza di fatti inerenti a tale episodio, qualora l'uno e l'altro non siano immediatamente identificabili.

La distinzione, a ben vedere, ha valore meramente formale, in quanto le due previsioni si integrano, nel senso che i "rilievi" e "gli altri accertamenti", nei quali, per effetto della riforma, rientrano anche i "prelievi", risultano eseguibili tanto se il "fermato" è l'indagato quanto se il "fermato" è il possibile testimone.

Se chi è in grado di riferire circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti rifiuta di farsi identificare o fornisce generalità o documenti di identificazione in relazione ai quali sussistono sufficienti elementi per ritenerne la falsità diventa, per ciò stesso, indagato per una specifica fattispecie di reato e, pertanto, non rileva più la differenziazione iniziale, legata ai motivi per i quali è avvenuto il "contatto" del soggetto con gli organi di polizia giudiziaria.

Tale circostanza costituisce null'altro che l'occasione per la identificazione, mentre l'impossibilità di procedervi presuppone, comunque, la presenza di un indagato, che sarà l'indagato per il fatto per il quale

è stata provocata la presenza della persona o il “nuovo” indagato, che si è sottratto alle operazioni identificative.

Nell'un caso e nell'altro, si è in presenza di attività di polizia giudiziaria, che vanno necessariamente documentate e che richiedono la presenza del difensore.

Le cose stanno diversamente quanto all'ulteriore previsione dell'art. 354, comma 3, c.p.p.

La norma, in origine, si limitava a consentire agli ufficiali di polizia giudiziaria di compiere i necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dall'ispezione personale, ricorrendo i presupposti indicati nel comma 2, vale a dire il pericolo di alterazione o dispersione delle cose e delle tracce pertinenti al reato.

Per effetto della riforma, gli “accertamenti” possono consistere anche nel “prelievo” di materiale biologico.

L'art. 354, comma 3, c.p.p. è stato “allungato”, nel senso che “se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico, si osservano le disposizioni del comma 2-*bis* dell'articolo 349”.

È da ritenere che, nel procedere alla modifica della norma, si sia omessa la sua lettura integrale, perché, se si fosse mentalmente “sostituito” il richiamo all'art. 349, comma 2-*bis*, c.p.p. con il contenuto di quest'ultima disposizione, ci si sarebbe resi conto che si andava a “creare” una “nuova” norma del tutto inapplicabile.

L'art. 354, comma 3, c.p.p. così come modificato, stabilisce che:

a) se v'è pericolo che le tracce e le cose pertinenti al reato si alterino o si disperdano prima dell'intervento del magistrato del pubblico ministero, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalla ispezione personale;

b) se gli accertamenti comportano il prelievo di materiale biologico e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede coattivamente nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del magistrato del pubblico ministero.

I difetti di coordinamento sono evidenti e mentre alcuni di essi sono superabili, in via interpretativa, altri denunciano una vera e propria contraddizione e altri, ancora, rendono la nuova previsione un mero *flatus vocis*.

Ricorrendo ai canoni dell'interpretazione sistematica è possibile rettificare due imperfezioni.

Si tratta, in primo luogo, delle diverse locuzioni adoperate per indicare l'oggetto del prelievo: mentre l'art. 349, comma 2-*bis*, c.p.p.

consente solo il prelievo di capelli o saliva, l'art. 354, comma 3, c.p.p. si riferisce genericamente a "prelievo di materiale biologico". La discrasia è superabile, dal momento che, rendendo applicabile la seconda norma a ciò che dispone la prima, deve intendersi consentito solo il prelievo di capelli e saliva.

In secondo luogo, mentre l'attività indicata nell'art. 349 c.p.p. è consentita alla "polizia giudiziaria" e, quindi, non solo agli ufficiali ma pure agli agenti di polizia giudiziaria, gli accertamenti urgenti previsti dall'art. 354 c.p.p. sono di competenza esclusiva degli "ufficiali di polizia giudiziaria".

Anche in questo caso si può superare il difetto di coordinamento, sostenendo che il prelievo, come atto urgente di assicurazione delle fonti di prova, è compito esclusivo degli ufficiali di polizia giudiziaria.

Le cose si complicano, quanto agli ulteriori vizi di coerenza sistematica, se si ferma l'attenzione sulla diversa ragion d'essere delle due disposizioni richiamate.

L'art. 349 c.p.p. disciplina un'attività che la polizia giudiziaria deve compiere non appena raccoglie o riceve una notizia di reato. Il suo primo atto è l'identificazione dell'indagato e delle persone che possono riferire circostanze utili per la ricostruzione dei fatti.

A questo proposito occorre fare una distinzione: se la polizia giudiziaria ha la collaborazione dell'interessato, le operazioni sono portate a termine senza difficoltà e con assoluta immediatezza; se, viceversa, incontra difficoltà, perché l'indagato o il possibile testimone non consente l'identificazione, interviene il magistrato del pubblico ministero, il quale è subito informato dell'accompagnamento del soggetto negli uffici di polizia (*rectius*, dell'avvenuto fermo di indiziato di reato) e assume, per ciò stesso, la direzione delle indagini, dal momento che, se non ritiene giustificato il fermo, ordina il rilascio della persona e, se non dispone il rilascio, convalida, implicitamente, il fermo, per la durata massima di ventiquattro ore.

Il prelievo di campioni di sostanze biologiche a fini identificativi avviene, quindi, sotto il controllo del magistrato, il quale è informato di ciò che la polizia giudiziaria si accinge a fare.

Diversa è la finalità della disposizione dell'art. 354 c.p.p.

Gli accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone, tra i quali rientrano anche i prelievi di materiali biologici, in tanto sono consentiti agli ufficiali di polizia giudiziaria in quanto il magistrato del pubblico ministero non possa intervenire tempestivamente o non abbia ancora assunto la direzione delle indagini.

Cosa deve intendersi per impossibilità di intervento tempestivo?

Evidentemente solo la situazione in cui il magistrato non può essere informato di quanto deve essere compiuto con assoluta urgenza.

I rapporti tra polizia giudiziaria e magistrato del pubblico ministero sono stati “rimodellati” dalla modifica dell’art. 348, comma 1, c.p.p., che ha eliminato la “zona d’ombra” che prima esisteva tra informazione della notizia di reato e assunzione della direzione delle indagini.

Nella sua versione originaria, la norma stabiliva che, fino a quando il magistrato del pubblico ministero non avesse impartito le direttive per lo svolgimento delle indagini, la polizia giudiziaria raccoglieva ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del presunto colpevole, lasciando intendere che il magistrato non assumeva la direzione delle indagini solo perché informato dalla polizia giudiziaria, ma doveva formalizzare la determinazione di voler procedere personalmente o mediante delega agli accertamenti del caso.

La norma è stata modificata³⁵ nel senso che “anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato, la polizia giudiziaria continua a svolgere le funzioni indicate nell’articolo 55”.

Ciò vuol dire che non v’è più alcuna distinzione tra comunicazione della notizia di reato e assunzione della direzione delle indagini. Pertanto, se il magistrato è informato e non può raggiungere in tempo il luogo in cui debbono essere svolti gli accertamenti, si è in presenza di un’attività delegata, atteso che, secondo l’art. 370 c.p.p., il magistrato del pubblico ministero può avvalersi “per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati” della polizia giudiziaria.

Di conseguenza, quando l’art. 354, comma 2, c.p.p. fa riferimento al magistrato che “non può intervenire tempestivamente ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini” richiama una distinzione oramai espunta dal testo dell’art. 348, comma 1, c.p.p. e che non compare in alcuna delle disposizioni che regolano i rapporti tra polizia giudiziaria e magistrato del pubblico ministero.

L’art. 327 c.p.p., ad esempio, si limita a dire che il magistrato del pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria, ma non specifica alcunché in ordine al momento in cui ha luogo l’assunzione della direzione delle indagini.

³⁵ Dall’art. 4, comma 2, lettera a) del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356, intervenuto dopo poco più di tre anni di vigo-
re del nuovo codice di procedura penale.

Solo l'art. 348, comma 1, c.p.p., nel testo originario, richiamava uno spazio temporale tra la comunicazione della notizia di reato e l'assunzione della direzione delle indagini che attualmente non è più previsto.

Per l'effetto, l'art. 354 c.p.p. si caratterizza come norma che consente agli ufficiali di polizia giudiziaria di compiere accertamenti urgenti prima che venga informato il magistrato del pubblico ministero.

Se è questa – e non sembra che logicamente possa essere altra – la ragion d'essere della previsione, il prelievo di materiale biologico, nel corso di attività di polizia giudiziaria tesa alla assicurazione di fonti di prova suscettibili di alterazione o dispersione, non sarà mai un'attività di iniziativa della polizia giudiziaria, ma sempre un'attività delegata dal magistrato del pubblico ministero.

L'uso della locuzione “autorizzazione scritta oppure resa oralmente e confermata per iscritto” è assolutamente improprio, perché si tratta di una delega, ai sensi dell'art. 370 c.p.p., che può essere orale o scritta, ma è pur sempre una delega, con tutto ciò che comporta, sul piano delle forme, il conferimento della delega.

È evidente, allora, che, per effetto della riforma, l'art. 354 c.p.p. finisce per prevedere due distinte attività di polizia giudiziaria: un'attività di iniziativa, quando non si debba procedere al prelievo di materiale biologico e un'attività delegata dal magistrato del pubblico ministero, quando si deve procedere al prelievo coattivo di campioni di capelli o di saliva, dal momento che quest'ulteriore attività non può essere compiuta all'insaputa del magistrato del pubblico ministero.

In definitiva, l'interpretazione sistematica, vale a dire quell'interpretazione che, prescindendo dal tenore letterale della norma e dall'intenzione del legislatore, tende a cogliere il significato che la nuova disposizione esprime nel contesto nel quale è inserita, porta a concludere che, contrariamente all'intento legislativo, i poteri di iniziativa della polizia giudiziaria anziché essere incrementati sono stati sensibilmente ridotti, in quanto la presenza del magistrato del pubblico ministero è immanente in ogni operazione che attinga il bene della libertà della persona, sia sotto il profilo della libertà personale, sia sotto il profilo della tutela rispetto ad atti invasivi della riservatezza.

Ma, due ulteriori rilievi si impongono rispetto alla formulazione frettolosa e impropria della nuova disposizione.

Nel testo originario, l'art. 354, comma 3, c.p.p., si riferiva a “rilievi sulle persone”, senza specificare se si trattasse solo dell'indagato o anche si persone diverse.

Nella genericità del riferimento ad “accertamenti e rilievi” non si potevano cogliere motivi di perplessità, dal momento che veniva fatta salva la riservatezza, mediante l'espressa esclusione di “ispezione personale”.

Ora, dal momento che i rilievi e gli accertamenti possono implicare anche il prelievo di materiale biologico, ci si deve chiedere se ciò sia consentito anche con riguardo a persone diverse dall'indagato.

Se la persona che deve versare coattivamente i campioni è l'indagato, le garanzie previste per tale attività la rendono costituzionalmente compatibile; se, viceversa, ci si riferisce a persona diversa dall'indagato, non si vede quale previsione costituzionale possa giustificare una simile invasione della sfera della riservatezza.

Infine, non si comprende come si possa concepire un prelievo di campioni di materiale biologico senza effettuare una ispezione personale.

Se non si ispeziona la persona, come si acquisiscono i campioni di saliva o di capelli?

Sembra si debba concludere che, al di là dei difetti di coordinamento sistematico, la nuova previsione sia destinata ad essere null'altro che una possibilità astratta di azione, a meno che non si assicurino le garanzie previste per gli atti invasivi della persona.

11. Il prelievo di campioni di materiale biologico come atto di ispezione personale. - L'aggiunta di un periodo, in coda all'art. 354, comma 3, c.p.p. si rivela assolutamente infelice, perché non tiene conto del contesto in cui è stata inserita, che la respinge come innesto illegittimo, chiaramente viziato di incostituzionalità.

Il vigente sistema processuale penale esclude che la polizia giudiziaria possa, di sua iniziativa, procedere ad una ispezione personale. L'atto è riservato al magistrato del pubblico ministero, che può procedervi solo a seguito di decreto motivato, quando occorre accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato (art. 244, comma 1, c.p.p.)³⁶

³⁶ L'art. 244, comma 2, c.p.p. stabilisce che, quando procede ad ispezione, l'autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici ed ogni altra operazione tecnica. La norma, non essendo stata modificata, esclude il prelievo di campioni biologici, che è invece consentito, dalla nuova formulazione dell'art. 354, comma 3, c.p.p., alla polizia giudiziaria. Siamo in presenza di un vero e proprio paradosso, superabile solo mediante l'interpretazione proposta nel testo, che individua il prelievo di materiale biologico come modalità esecutiva di una ispezione personale.

e dopo aver assicurato precise garanzie per la tutela della dignità della persona (art. 254 c.p.p.) e del diritto di difesa dell'indagato (artt. 364 e 366 c.p.p.).

Al di fuori dello schema di "invasione garantita" della riservatezza personale, non sembra consentito un prelievo di materiale biologico, a meno che non si voglia "segnare il destino" della nuova previsione come norma che deve essere immediatamente dichiarata costituzionalmente illegittima.

12. Conclusioni. – L'intervento che ha inciso sulle libertà personali, sia mediante l'allungamento dei tempi del fermo per l'identificazione, sia mediante la previsione di una ispezione personale tesa al recupero coattivo di campioni di materiale biologico, tanto per procedere all'identificazione di una persona che abbia assunto un comportamento non collaborativo, ponendo in essere condotte penalmente rilevanti, tanto per impedire l'alterazione o la dispersione delle fonti di prova, è stato un infelice innesto di disposizioni che, anziché offrire alla polizia giudiziaria nuovi strumenti investigativi, ne hanno ridimensionato l'iniziativa, potenziando la presenza del magistrato del pubblico ministero.

Dal punto di vista del riconoscimento dei diritti costituzionalmente protetti, le modifiche, se correttamente intese, non appaiono suscettibili di censure di illegittimità, perché si incanalano nel solco del rispetto delle libertà individuali, in presenza di situazioni di allarme sociale, legate alla massiccia offensiva terroristica, manifestatasi in questi ultimi tempi.

Sarebbe stato, tuttavia, preferibile agire direttamente sugli istituti che andavano riformati, senza ricorrere ad espedienti, che finiscono per rendere estremamente complessa l'interpretazione del dato normativo. In primo luogo, sarebbe stato utile abrogare l'art. 11 del decreto-legge n. 59 del 1978, chiarendo che quando una persona non consente di farsi identificare si concretizza un'ipotesi di reato e, pertanto, l'attività tesa alla identificazione è attività di polizia giudiziaria, che può essere posta in essere solo dagli organi a ciò deputati. In secondo luogo, sarebbe stato preferibile dire che il fermo di indiziato di reato, quando si rende necessario per identificare chi tenta di eludere questo accertamento, ha presupposti, durata e garanzie diverse dal fermo di indiziato di grave reato. In terzo luogo, sarebbe stato preferibile dire che l'ispezione personale può tendere anche all'acquisizione coattiva di campioni di materiale biologico, diverso da quello ematico, sia per ac-

certare il reato scaturente dalla mancata identificazione spontanea, sia per tutelare le fonti di prova da pericoli di dispersione o alterazione.

Se si fosse scelta la strada diretta, verosimilmente il dibattito parlamentare sarebbe stato più interessante e soprattutto più pertinente. Esso, al contrario, si è rivelato assolutamente inconsistente, perché calibrato su argomenti e riflessioni che nulla avevano a che vedere con le norme che si stavano approvando. Ancora una volta, i condizionamenti dell'emergenza hanno impedito di varare una legge chiara e di agevole applicazione.

LEONARDO FILIPPI

UNA DISCIPLINA PER I TABULATI TELEFONICI
CHE ATTUA IL DIRITTO ALLA PROVA:
UN MODELLO ANCHE PER LE INTERCETTAZIONI?

1. La mancata disciplina del tabulato telefonico: un vecchio problema non solo italiano. – In Italia ha sempre rappresentato un delicato problema l'assenza di qualsiasi disciplina che indicasse i casi e i modi di acquisizione del tabulato telefonico¹ nonché della conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico².

Ma non solo in Italia. Infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo, discutendo nel 1984 sul caso *Malone* della legittimità della registrazione dei dati esteriori delle comunicazioni telefoniche nel Regno Unito (il cosiddetto *metering* in lingua inglese o *comptage* in francese), ha riconosciuto che "i verbali delle registrazioni contengono informazioni, in particolare i numeri chiamati, i quali costituiscono un elemento integrante della comunicazione telefonica" e ha concluso che "la consegna di queste informazioni alla polizia, senza il consenso dell'abbonato, si risolve in un'interferenza con il diritto garantito dall'art. 8" della Convenzione europea, il quale tutela la *privacy*. Pertanto se tali dati sono legittimamente acquisiti dal gestore del servizio telefonico, non possono, senza una idonea disciplina legale, essere comunicati ad altri soggetti, nemmeno qualora si tratti di organi giudiziari che li richiedano in vista del loro impiego nel corso di un procedimento penale³.

Più recentemente la Corte europea, nel caso *Amann v. Svizzera*, ha ribadito che la conservazione di dati concernenti l'individuo, a prescindere dal loro successivo impiego, rappresenta un'ingerenza nella vita privata ai sensi dell'art. 8 Conv. eur. dir. umani e, poiché le disposizioni della legge svizzera richiamate a sostegno della possibilità di "schedare" i cittadini risultano poco chiare e dettagliate, la creazione

¹ L. FILIPPI, *Proposte per una riforma delle intercettazioni di comunicazioni*, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 321.

² In argomento v. F. DE LEO, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella prospettiva europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 1015.

³ Corte eur., caso *Malone v. Regno Unito*, 2.8.1984, *Publications of the European Court of Human Rights*, serie A, vol. 82, 1984.

di un fascicolo riguardante il ricorrente non può dirsi “prevista dalla legge” ai sensi dell’art. 8 Conv. eur. dir. umani⁴.

2. Le pronunce della Corte costituzionale. – In Italia la Corte costituzionale è stata investita del quesito se l’acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni, cioè la mera identificazione dell’utenza telefonica da cui proviene o a cui è diretta la comunicazione, di date e orari di chiamata e della durata e della frequenza delle telefonate, rientri sotto la copertura dell’art. 15 Cost. La Corte, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha affermato che “in forza dell’art. 15 della Costituzione, va riconosciuto il diritto di mantenere segreti tanto i dati che possono portare all’identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo e al luogo dell’intercorsa comunicazione”. Tuttavia, secondo la Corte, tali dati non costituiscono oggetto di una intercettazione in senso tecnico, sicché gli artt. 266-271 c.p.p. non devono operare perché la segretezza del contenuto della comunicazione non è violata e trova invece applicazione l’art. 256 c.p.p., con conseguente dovere degli incaricati del pubblico servizio di telecomunicazione di esibire e consegnare all’autorità giudiziaria, che ne faccia richiesta, gli atti e i documenti, anche in originale se così è ordinato, e ogni altra cosa esistente presso di essi per ragione del loro ufficio, salvo che dichiarino per iscritto che si tratti di segreto di Stato ovvero di segreto inerente al loro ufficio o professione. La Corte non mancò di sottolineare, però, l’improprietà di tale disciplina, osservando che la garanzia apprestata dall’art. 256 c.p.p. “non può essere scambiata con la tutela direttamente attribuita ai soggetti della comunicazione in ordine alla segretezza della sfera privata che circonda l’esercizio della relativa libertà, se non altro perché oggetto della protezione accordata dall’art. 256 è immediatamente l’interesse sottostante all’attività professionale, e non già quello proprio dei soggetti della comunicazione, cioè degli utenti del servizio professionalmente erogato”⁵.

Con un secondo intervento, la Corte costituzionale, dopo aver ribadito che nei confronti dei “tabulati” telefonici “opera la tutela che l’art. 15 Cost. appresta alla libertà e alla segretezza di ogni forma di

⁴ Corte eur., Grande Camera, 16.2.2000, caso *Amann v. Svizzera*, *Dir. pen. e proc.* 2000, p. 645.

⁵ Corte cost. n. 81/1993, in *Giur.cost.*, 1993, p. 731, con nota di A. PACE. La sentenza della Corte è annotata anche da G.P. DOLSO. In argomento cfr. anche G. DI CHIARA e S. GIAMBRUNO.

comunicazione” , ha affermato l'impossibilità di una propria sentenza additiva che estendesse la disciplina delle intercettazioni all'acquisizione del tabulato, concludendo con l'auspicio che “il legislatore provveda a disciplinare in modo organico l'acquisizione e l'utilizzazione della documentazione relativa al traffico telefonico, in funzione della specificità di questo particolare mezzo di ricerca della prova, che non trova compiuto sviluppo normativo nella disciplina generale prevista dal codice in tema di dovere di esibizione di atti e documenti e di sequestro”⁶.

3. L'orientamento della Corte di cassazione. – Prima della vigente disciplina, la nostra Corte di cassazione si mostrava piuttosto disinvolta perché, in plateale violazione della riserva di legge, si limitava ad esigere che il provvedimento con cui il pubblico ministero acquisiva il tabulato delle comunicazioni fosse adeguatamente motivato⁷. La Corte Suprema ha però affermato che l'omessa motivazione del provvedimento con il quale il pubblico ministero disponga l'acquisizione del tabulato relativo al traffico telefonico di un telefono cellulare non determina l'inutilizzabilità del tabulato stesso a fini probatori, poiché l'inutilizzabilità non consegue a qualunque violazione di norme che regolano l'atto processuale, ma soltanto a quelle che consistano in un divieto di acquisizione della prova e a quelle per cui la violazione è espressamente prevista dalla legge⁸.

La Corte di cassazione, a sezioni unite, aveva affermato che i tabulati costituiscono “la documentazione in forma intellegibile del flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto delle conversazioni; stampa che fa parte peraltro, secondo la tecnica informatica, del <movimento> dei dati gestito dall'ente concessionario del servizio, nell'ambito del flusso costituito appunto dall'ingresso-elaborazione-registrazione e stampa”. Le Sezioni unite avevano aggiunto che l'acquisizione del tabulato, rappresentando “un momento del trattamento

⁶ Corte cost. n. 281 /1998, in *Giust. pen.*, 1998, I, p. 353.

⁷ Cass., sez. IV, 14.9.1996, Serru, in *Riv. pen.*, 1997, p. 243; Cass., sez. I, 3.4.1996, D'Aquino, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1432, la quale dichiara inutilizzabile il tabulato contenente l'indicazione delle comunicazioni telefoniche di un apparecchio portatile di tipo “cellulare”, acquisito senza provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

⁸ Cass., sez. I, 21.1.1998, Recchia, in CED 209502 (fattispecie relativa all'utilizzazione, in sede di emissione di ordinanza di custodia cautelare in carcere, di tabulati concernenti conversazioni effettuate mediante telefono cellulare).

dei dati", non può che soggiacere alla stessa disciplina quanto a garanzie di segretezza e di libertà delle comunicazioni, a mezzo di sistemi informatici, considerandola un'intercettazione informatica di cui all'art. 266-*bis* c.p.p. Da ciò la Corte aveva concluso che "il divieto di utilizzazione, previsto dall'art. 271, sia riferibile anche all'acquisizione dei tabulati tutte le volte che avvenga in violazione dell'art. 267, cioè in assenza del prescritto decreto motivato" (salvo concludere, però, che all'inutilizzabilità del tabulato può seguire, nello stesso procedimento, l'emissione del decreto motivato per l'acquisizione dei dati estranei al contenuto della conversazione presso l'ente gestore del servizio). Poiché il decreto motivato di cui all'art. 267 c.p.p. cui si riferisce la Corte è emesso, di regola, dal giudice, era evidente l'affermazione delle Sezioni unite che l'acquisizione del tabulato telefonico esigeva il previo decreto motivato del giudice per le indagini preliminari⁹.

Più di recente però la Corte Suprema aveva effettuato un deciso *revirement* ritenendo il decreto motivato del pubblico ministero sufficiente per l'acquisizione del tabulato telefonico¹⁰.

Anche le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno ribaltato la propria precedente pronuncia, precisando che per l'acquisizione del tabulato telefonico è sufficiente il decreto motivato del pubblico ministero¹¹. Le sezioni semplici della Corte di cassazione hanno ribadito

⁹ Cass., S.U. 24.9.1998, Gallieri, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 329, con nota di F. ZACCHE', nonché in *Cass. pen.*, 1999, p. 465 con nota di MELILLO e di CALAMANDREI.

¹⁰ Cass., sez. IV, 12. 4. 2000, Ben Nouir Lassad, inedita; v. pure Trib. Pavia decreto 1.2.1999, *Foro it.*, 1999, II, p. 346; Trib. Lecce ord. 5.10.1998, *ivi*, 1999, II, p. 346, secondo cui l'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico transitato su utenze in ordine alle quali siano già state ritualmente autorizzate le intercettazioni delle comunicazioni è attività accessoria rispetto a quella principale della captazione e registrazione dei connessi colloqui telefonici, per cui, ai fini dell'acquisizione dei tabulati, non è in tal caso necessaria l'adozione di un preventivo decreto motivato da parte dell'autorità giudiziaria. G.i.p. Trib. Roma ord. 5.1. 1999, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1627. Cfr. pure Corte cost., ord. 4.3.1999, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1392, che ha ritenuto ammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto dal procuratore della Repubblica presso il tribunale di Palermo nei confronti della Camera dei deputati a seguito della deliberazione con cui la stessa, in data 16 luglio 1998, aveva negato l'autorizzazione ad acquisire ed utilizzare i tabulati concernenti il traffico telefonico relativo alle utenze d'uso di un deputato indagato per i delitti di associazione per delinquere di tipo mafioso ed altro.

¹¹ Cass., S.U. 8.5. 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3245, con nota di FILIPPI, nonché in *Guida dir.*, 2000, n. 27, p. 58, con nota di R. BRICCHETTI. Nello stesso senso Cass. S.U. 30.6.2000, Tammaro, in *CED* 216247.

che l'acquisizione di tabulati contenenti l'indicazione di conversazioni telefoniche intervenute tra determinati soggetti non necessita del decreto del giudice per le indagini preliminari *ex art.* 267 c.p.p., essendo necessario e sufficiente il decreto motivato del pubblico ministero¹². La Suprema Corte si era spinta al punto di affermare che i dati provenienti dalla rilevazione automatica (cosiddetto *digesistem*) delle chiamate in partenza da apparecchi telefonici pubblici su una utenza privata erano utilizzabili anche quando non fosse stato il contenuto della conversazione intercettata, in quanto il mezzo tecnico adoperato, di limitata intrusione, è stato ritenuto assimilabile al sistema di acquisizione dei tabulati telefonici, che sono acquisibili sulla base della semplice autorizzazione del pubblico ministero.¹³

4. L'intervento del legislatore. – Finalmente è intervenuto l'art. 12 l. 31.10. 2003, n. 306, cosiddetta legge comunitaria 2003, con la quale il Governo è stato delegato a dare attuazione alla direttiva 12.7.

¹² Cass., sez. II, 24.6.2003, Scaburri, in *Guida dir.*, 2003, *dossier mensile* n. 10, p. 76; Cass., sez. II, 3.2.2003, Bonalumi ed altro, *ivi*, 2003, n. 18, p. 71. Nello stesso senso, per cui ai fini dell'acquisizione a fini probatori dei tabulati relativi a conversazioni telefoniche è sufficiente il decreto motivato dell'autorità giudiziaria (pubblico ministero in fase di indagini preliminari; giudice in fase dibattimentale) non essendo necessaria, invece, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, l'osservanza delle disposizioni relative alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni di cui agli artt. 266 e ss. [Cass., sez. VI, 8.11.2002, Grabovari, *ivi*, 2003, n. 1, p. 99]. Inoltre la S.C. ha precisato che il decreto del pubblico ministero è sufficiente per l'acquisizione del tabulato telefonico durante le indagini preliminari, mentre quando l'acquisizione di tali dati si renda necessaria in dibattimento spetta al giudice provvedere con ordinanza motivata (Cass., sez. IV, 23. 5. 2000, Medici e altri, *ivi* 2000, *dossier mensile* n. 8, p. 112 nonché in *Cass. pen.*, 2001, p. 561). Ancora la S.C., dopo aver ribadito la sufficienza del decreto motivato del pubblico ministero *ex art.* 256 [Cass., sez. I, 12 .6.2001, Cagarella ed altri, *Guida dir.*, 2001, n. 35, p. 82] ha aggiunto che anche in sede di giudizio abbreviato non sono utilizzabili a fini probatori i tabulati relativi a conversazioni telefoniche acquisiti senza provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria, cioè senza il decreto motivato del pubblico ministero (Cass., sez. IV, 23.6.2000, Adami, *ivi*, 2000, n. 39, p. 100). In questo quadro la giurisprudenza riteneva pure che non fosse necessaria una perizia per l'esame di un tabulato di telefonate, sempre che si tratti di operazioni di semplice lettura, non implicante alcuna particolare conoscenza scientifica, sicché può essere oggetto di produzione documentale [Cass., sez. I, 7.7.1995, Palmentieri, *ivi*, 1995, n. 42, p. 91, ritiene "operazione di semplice lettura" l'esame di un "tabulato" di telefonate, come tale non implicante alcuna conoscenza particolare di carattere scientifico, sicché riferire sullo stesso è normale oggetto di testimonianza e non necessita di opera di perito].

¹³ Cass., sez. II, 25.11.2003, Versaci ed altri, in *CED Cass.* 227154.

2002 n. 2002/58 CE sulla tutela dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche¹⁴. Tale direttiva n. 58 dispone che sia assicurata la riservatezza delle comunicazioni, in particolare vietando l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni e dei relativi dati sul traffico, a opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi. La direttiva introduce altresì una disciplina specifica per le informazioni sull'ubicazione degli apparecchi mobili, distinguendole dai dati sul traffico telefonico, vietando la localizzazione se non vi è il consenso. L'art. 15 della stessa direttiva n. 58/2002 lascia gli Stati membri liberi di adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi ordinari riguardo alle intercettazioni, ai dati di traffico e sull'ubicazione. Purché tali restrizioni costituiscano "una misura necessaria, opportuna e proporzionata" per la salvaguardia della "sicurezza nazionale, della difesa, della sicurezza pubblica" o per la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica; a tale fine l'art. 15 della medesima direttiva afferma che gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi ora indicati¹⁵.

Il d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, codice in materia di protezione dei dati personali (cosiddetto codice della *privacy*), dando attuazione alla direttiva n. 58/2002, ha introdotto per la prima volta una disciplina in materia. In particolare gli artt. 46-52 riguardano i trattamenti in ambito giudiziario e gli artt. 53-57 i trattamenti da parte di forze di polizia.

L'art. 123 cod. *privacy* è norma generale che disciplina i dati relativi a qualsiasi forma di traffico (cioè non solo le chiamate di telefonia vocale, ma anche le altre comunicazioni elettroniche, ad es. quelle tramite Internet, comprensive delle transazioni di posta elettronica), per i quali è prevista la cancellazione o l'anonimato quando il loro trattamento non è più necessario, cioè con il completamento della trasmissione della comunicazione (nel caso di chiamata di telefonia vocale la trasmissione è completata quando uno dei due utenti termina il collegamento, mentre per la posta elettronica la trasmissione è completata quando il destinatario ha la possibilità di conoscere il messaggio).

¹⁴ Vedi il testo in *Guida dir.*, 2003 n. 46, p. 40 ss.

¹⁵ In argomento cfr. G. BUSIA, *Si volta pagina sulla tenuta dei tabulati telefonici*, *Guida dir.*, 2003, n. 46, p. 40 ss.

Conclusa la comunicazione, il fornitore della rete o del servizio deve cancellare i dati o comunque renderli anonimi. Tali dati sono quelli che si riferiscono all'instradamento, alla durata, al tempo o al volume di comunicazione, al protocollo usato, all'ubicazione dell'apparecchio terminale di chi invia o riceve, alla rete sulla quale la comunicazione si origina o termina, all'inizio, alla fine o alla durata di un collegamento, qualsiasi informativa relativa al nome, al numero, all'indirizzo, fornita da chi emette la comunicazione o dall'utente di un collegamento al fine di effettuare la comunicazione¹⁶.

Sono previste alcune deroghe all'obbligo di immediata cancellazione o anonimato dei dati per un periodo non superiore a sei mesi a fini di fatturazione per l'abbonato ovvero di pagamenti in caso di interconnessione o per consentire al fornitore la documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento (art. 123 comma 2 cod. *privacy*).

5. La durata della conservazione dei tabulati telefonici. – L'art. 132 disciplina la conservazione dei dati del traffico telefonico¹⁷ (esclusi

¹⁶ In questo senso T. CROCE, *sub* art. 123, in AA.VV. *Codice della privacy*, tomo II, 2004, Giuffrè, p. 1527 s.

¹⁷ V. i commenti di Gius. AMATO, *Tabulati: dati conservati solo per due anni*, e di G. BUSIA, *Così la riservatezza "guadagna" terreno*, in *Guida dir.*, 2004, n. 10, p. 53 e p. 58; M. IASELLI, *Finalmente limiti certi al controllo del traffico telefonico*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 10, p. 16 ss.; P. GIORDANO, *Tabulati telefonici: senza regole sull'iter "convivenza" più difficile con la novella*, *ivi*, 2004, n. 13, p. 11 ss.; C. PARODI, *Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 542; P. SAVIOTTI e G. SALVI, *Tabulati telefonici e traffico via Internet: norme coerenti per la lotta al terrorismo*, in *Guida dir.*, 2004, n. 14, p. 11; in giurisprudenza GIP Trib. Reggio Emilia Cantucci (decreto) 17.3.2004, *ivi*, 2004, n. 16, p. 79, con nota di D. MINOTTI, *I dati delle comunicazioni più recenti non richiedono una nuova deliberazione*, dove si evidenzia come il legislatore abbia graduato l'intensità della tutela della riservatezza a seconda del periodo, minore o maggiore, a cui risale la comunicazione di cui si verrebbe a svelare autori, loro localizzazione, volume e durata del traffico telefonico: consentendo, cioè, da un lato, l'intromissione nella *privacy* con accertamento esteso ad ambito temporale più ampio in rapporto alla maggiore delicatezza, complessità e gravità dell'indagine; dall'altro, individuando e prevedendo condizioni più pregnanti e selettive laddove, in ragione di quel maggiore spazio d'azione, potrebbero verificarsi abusi, quali acquisizioni non giustificate dai tempi tecnici dell'investigazione. Pertanto, nell'ipotesi in cui i dati risalano fino a ventiquattro mesi antecedenti (art. 132 comma 3), l'acquisizione è possibile per qualsiasi reato (si pensi alla contravvenzione di molestia) e in assenza del benché minimo *standard* probatorio. Nell'ipotesi invece in cui l'accertamento riguardi periodo risalente fino al doppio, cioè quarantotto mesi (art. 132 comma 4), l'acquisizione è

quindi i dati relativi ad Internet e quelli di corrispondenza telematica) e, fatto salvo quanto previsto dall'art. 123 comma 2 cod. *privacy* circa il possibile trattamento dei dati fino a sei mesi, ne impone al fornitore la conservazione per ventiquattro mesi per finalità di accertamento e repressione dei reati¹⁸.

La disposizione, attuativa dell'art. 15 della direttiva 2002/58/CE, deroga alla regola generale secondo cui i dati relativi al traffico devono essere cancellati o resi anonimi al termine della comunicazione e tenta di risolvere il conflitto tra le esigenze garantistiche della *privacy* e quelle della sicurezza pubblica. Proprio su questo delicato compromesso tra gli opposti valori in gioco della *libertas* e della *securitas*, si è avuto un contrasto che ha portato a ben tre diverse versioni dell'art. 132: la versione originaria del Codice che prevedeva un periodo di conservazione di trenta mesi per i soli dati del traffico telefonico; la versione introdotta dal Governo, prima ancora dell'entrata in vigore del Codice, con l'art. 3 d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, ispirata alla *data retention*, che, per alcuni reati, aveva allungato di ulteriori trenta mesi tempi di conservazione estendendola a tutte le comunicazioni elettroniche; ed infine l'attuale versione frutto della legge di conversione 26 febbraio 2004, n. 45, che, in nome dell'*habeas data* tutelato dall'art. 15 Cost., riduce a ventiquattro mesi il periodo di conservazione dei soli dati del traffico telefonico, salva una successiva proroga di altri ventiquattro mesi per reati di criminalità organizzata e con la garanzia giurisdizionale.

6. La procedura per l'acquisizione dei dati. – Ma le novità significative riguardano anche la procedura per l'acquisizione dei dati.

Il pubblico ministero perde il monopolio nell'acquisizione dei tabulati telefonici perché ora tutte le parti processuali (pubblico ministero, difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private) possono rivolgersi al

consentita solo per indagare su delitti connotati dalla particolare gravità (quelli di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.) o dalla indispensabilità del mezzo istruttorio (delitti in danno di sistemi informatici o telematici) e solo ricorrendo un livello probatorio qualificato (sufficienti indizi). V. in generale sui tabulati telefonici, prima della nuova disciplina, E. APRILE e F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Giuffrè, 2004, p. 139 ss.

¹⁸ Cfr. in argomento G.E. VIGEVANI, *sub* art. 132, in AA.VV., *Codice della privacy*, cit., p. 1666 ss.

giudice (giudice per le indagini preliminari o quello che procede) con istanza per richiedere l'acquisizione dei dati.

È quindi escluso un intervento d'ufficio del giudice, il quale quindi non potrebbe *ex artt. 422 e 507 c.p.p.* acquisirli d'ufficio.

Sono fatte salve, per il traffico entrante, le condizioni di cui all'art. 8, comma 2, lettera f) del Codice della *privacy*, che stabilisce che i diritti di ogni persona *ex art. 7* dello stesso Codice di accedere alle informazioni che la riguardano quando queste siano detenute da terzi "non possono essere esercitati con richiesta al titolare o al responsabile o con ricorso ai sensi dell'articolo 145, se i trattamenti di dati personali sono effettuati da fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico relativamente a comunicazioni telefoniche in entrata, salvo che possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397".

Il giudice provvede con decreto motivato, che sembra dover verificare soltanto l'esistenza di un procedimento penale per qualsiasi reato e che le parti non richiedano dati riferibili ad un periodo successivo ai primi ventiquattro mesi¹⁹.

Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può anche richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391-*quater* c.p.p.

Dopo la scadenza dei primi ventiquattro mesi, il giudice autorizza l'acquisizione dei dati, con decreto motivato, se ritiene che sussistano "sufficienti indizi" dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p., nonché dei delitti in danno di sistemi informatici o telematici (cioè quelli di cui agli artt. 392 comma 4, 635-*bis* 615-*ter*, 615-*quater*, 615-*quinquies*, 617-*quater*, 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 640-*ter*, 635 c.p.). In questo secondo caso il provvedimento autorizzatorio del giudice deve essere ancorato alla valutazione dell'esistenza dei "sufficienti indizi" di uno dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., nonché della pertinenza dei dati richiesti rispetto all'accertamento ed alla repressione dei reati.

La fase dell'esecuzione del decreto emesso dal giudice non sembra possa essere demandata allo stesso giudice, ma piuttosto al richiedente (pubblico o privato che sia), a cui cura e spese è lasciata l'esecuzione

¹⁹ In questo senso *Il commento*, di C. PARODI, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 542 ss.

del provvedimento autorizzatorio del giudice; come è d'altronde confermato dallo stesso art. 132 comma 3 cod. *privacy*, che consente al difensore dell'imputato di richiedere direttamente al fornitore i dati a norma dell'art. 391-*quater* c.p.p. Si è invece sostenuto che l'esecuzione del provvedimento che autorizza l'acquisizione dei dati spetterebbe al giudice, avvalendosi eventualmente della sezione di polizia giudiziaria istituita presso la Procura della Repubblica²⁰. La tesi non può essere accolta per ragioni anzitutto di sistema, essendo ovvio che la parte privata deve essere lasciata in condizione di valutare se versare o meno nel processo i dati da essa richiesti mentre un'esecuzione da parte del giudice comporterebbe il conferimento in ogni caso nel fascicolo per il dibattimento dei dati acquisiti, anche contro la volontà e l'interesse del richiedente²¹.

Si è anche lamentata la mancata previsione di un'acquisizione "urgente" dei tabulati telefonici, così come previsto invece in materia di intercettazioni ed in effetti questa pare una lacuna, facilmente colmabile dal legislatore. La conclusione è che la disciplina delle intercettazioni appare ora in tutta la sua concezione inquisitoria e monopolistica perché continua a lasciare lo strumento intercettativo nelle mani esclusive del pubblico ministero.

Si impone pertanto una riforma della materia delle intercettazioni per dare attuazione al diritto alla prova a tutte le parti del processo.

²⁰ In questi termini si esprime la circolare 18 marzo 2004, n. 71/2004 della Procura della Repubblica di Torino, a firma del cons. Marcello Maddalena, riportata da C. PARODI, *op. e loc. cit.*

²¹ Per una tesi contraria a demandare al giudice l'esecuzione v. S. PERELLI, *Le modalità di acquisizione dei tabulati*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 24, p. 117.

LE NUOVE NORME SULL'IDENTIFICAZIONE PERSONALE

1. Come un caleidoscopio, l'art. 10 del d.l. 27 luglio 2005 n. 144 (conv. in l. 31 luglio 2005 n. 155) riflette, sulle disposizioni processuali modificate, una serie indistinta di problematiche, legate alla succinta violazione di diritti fondamentali e di garanzie del *due process of law*.

Nell'ordine, gli aspetti di rilievo possono essere riassunti nel prelievo coattivo di materiali biologici, nell'estensione della durata del trattenimento negli uffici di p.g. e nel rinnovato vigore conferito ad una norma extraprocessuale (l'art. 11 del d.l. 21 marzo 1978 n. 59, recante il c.d. «fermo per identificazione») che sembrava quasi abrogata per desuetudine¹ (ove ciò fosse possibile) o, comunque, assorbita nell'art. 349 c.p.p.

2. L'art. 11 d.l. 21 marzo 1978 n. 59, invero, costituisce un arcano retaggio di una trascorsa legislazione emergenziale, cui sono state ora estese le potenzialità dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. in materia di prelievi di materiale biologico. La norma, peraltro, già contemplava un trattenimento sino a ventiquattro ore negli uffici di polizia, secondo presupposti e formalità quasi del tutto sovrapponibili al successivo art. 349 c.p.p. Tuttavia, operava (*rectius*, opera) al di fuori del tipico contesto investigativo della polizia giudiziaria, attribuendo un cogente potere della polizia c.d. «amministrativa»², assolutamente estraneo alla struttura formale dell'indagine penale. I mutamenti normativi e politico-sociali intercorsi nei quasi trent'anni che ci distanziavano dalla novella del 1978 avrebbero dovuto impedire l'esumazione in questione, così inopportuna³.

3. Quanto all'estensione sino a ventiquattro ore del limite del trat-

¹ Per L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1217, la norma doveva considerarsi «tacitamente abrogata».

² È assolutamente condivisibile l'affermazione di A. SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 321, secondo cui l'istituto di cui all'art. 11 d.l. 21 marzo 1978 n. 59 assolverebbe a finalità «general preventive».

³ Molto dura, sul punto, la critica di L. FILIPPI, *op. cit.*, p. 1217 s., p. 1221, che si estende, più in generale, agli aumentati poteri della polizia giudiziaria.

tenimento negli uffici di polizia, *ex art.* 349 c.p.p. – per procedere ad accertamenti sull'identità dell'indagato, quando questi si sia rifiutato di farsi identificare o abbia declinato false generalità o esibito documenti altrettanto non veritieri o presumibilmente tali - piuttosto, non appaiono del tutto chiare le ragioni giustificanti l'imprescindibile esigenza di custodire un soggetto per oltre dodici ore, negli uffici di p.g., al fine di acquisirne un dato identificativo certo; soprattutto al giorno d'oggi, quando gli strumenti tecnici a disposizione della polizia di sicurezza sono sicuramente più efficienti che in passato.

Il comma 4 dell'art. 349 c.p.p. presuppone, per tale "prolungato" trattenimento, la complessità del procedimento d'identificazione o l'assistenza di un'autorità consolare o di un interprete. Se le ultime ipotesi appaiono appena comprensibili, piuttosto, non lo è la prima, ancorata a parametri in tutto labili e legati alla discrezione degli operanti. Il rilievo muove dalle premesse di garanzia della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. Se, invero, poteva dirsi compatibile con le linee di tutela della libertà della persona un accompagnamento limitato alle dodici ore, pur senza alcun intervento di convalida e/o di controllo da parte del giudice, ventiquattro ore cominciano a sembrare eccessive. Ciò per una distinta serie di ragioni. In primo luogo, se è vero che l'art. 386 c.p.p. legittima una restrizione della libertà personale sino a ventiquattro ore, sulla base di un'autonoma iniziativa della polizia giudiziaria, è anche da tener conto che la norma si riferisce a situazioni (quali quelle che legittimano l'arresto in flagranza ed il fermo di indiziati di delitto) legate ad un vero e proprio *periculum libertatis*. Anzi, la natura «precautelare» delle misure in questione le connota teleologicamente come preordinate all'adozione di misure restrittive delle libertà della persona. *In secundis*, vi è l'assenza di una forma di controllo (convalida) a posteriori, non potendosi ritenere sufficiente l'avviso anche orale al pubblico ministero, quando poi non si disponga di strumenti di garanzia atti a verificare giudizialmente la legittimità e l'opportunità della restrizione posta in essere.

Sul punto potrebbe rilevarsi una sottile distinzione tra l'«immediata notizia» data al pm. dell'esecuzione dell'accompagnamento (art. 349 comma 5 c.p.p.) e il «previo avviso anche orale» che autorizza la polizia giudiziaria a trattenere nei propri uffici l'accompagnato non oltre le ventiquattro ore (art. 349 comma 4 c.p.p.). Nel primo caso l'attività è già in esecuzione, per cui all'inquirente spetta un controllo *ictu oculi* di legittimità ed opportunità, potendo ordinare l'immediato rilascio della persona accompagnata. E, quanto più è applicata con stretto ri-

gore l'immediatezza del dovere di notizia, tanto più efficace risulta l'intervento del pm. Per proseguire l'attività identificativa oltre le dodici ore, invece, la comunicazione avrebbe un significato di necessario assenso preventivo, piuttosto che di controllo a posteriori (o meglio, *in itinere*). In pratica, nel primo caso l'avviso della polizia giudiziaria risponde alle necessità di una notizia/controllo, nel secondo può identificarsi con una vera e propria richiesta di autorizzazione.

Le differenze, ad un diverso esame, non sembrano così evidenti. Al di là di un'esegesi meramente letterale, che sottolinea come all'avviso di cui all'art. 349 comma 4, ultimo periodo, c.p.p., non segua l'indicazione di un potere di ordinare il rilascio in capo al pm. (ma il rilievo è agevolmente superabile con un richiamo implicito ai poteri del comma successivo), sta la considerazione per cui, in entrambi i casi, la conseguenza è quella della eventuale liberazione dell'accompagnato sulla premessa di una misura restrittiva della libertà personale già in atto.

Deve aggiungersi come il controllo del pm. sulla particolare complessità degli accertamenti identificativi in corso appaia abbastanza laconico, quantomeno per un'evidente carenza di tassatività, e quindi di parametri verificabili a posteriori.

C'è, inoltre, da rilevare una possibile palese violazione dell'art. 5, comma 1, della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quanto all'arbitrarietà intrinseca della procedura di identificazione ed alla mancanza di proporzionalità tra la durata del trattenimento e lo scopo primario della norma. Come ben evidenziato in un noto precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativo appunto ai casi di «*routine identity checks*»⁴, deve esistere uno stretto bilanciamento tra il soddisfacimento dell'esigenza di sicurezza della verifica dell'identità e la compressione della libertà personale che ne deriva con il trattenimento negli uffici di polizia («*a balance must be drawn between the importance in a democratic society of securing the immediate fulfilment of the obligation in question, and the importance of the right to liberty*»⁵). La procedura di polizia in nessun caso potrebbe assumere un carattere punitivo ed il titolo giustificativo del trattenimento cessa di dispiegare la propria efficacia nel

⁴ C. eur. dir. uomo, 25 settembre 2003, Vasileva c. Denmark. La Corte, al riguardo, ha ritenuto sussistere la violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione per la privazione della libertà durata tredici ore e mezza.

⁵ C. eur. dir. uomo, 25 settembre 2003, cit., § 37.

momento in cui, al più presto, venga soddisfatta l'esigenza di cui all'accertamento in corso (*«as soon as the relevant obligation has been fulfilled, the basis for detention under Article 5 & 1 (b) ceases to exist»*⁶).

3. Ben diversa l'esigenza cui risponde il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 349 c.p.p. Da tempo, dopo gli arresti giurisprudenziali sui cosiddetti prelievi ematici coattivi⁷, si avvertiva la mancanza di una disciplina specifica che regolasse la possibile acquisizione di materiale biologico – indispensabile soprattutto per l'effettuazione del test del Dna – in carenza del consenso dell'interessato⁸.

La norma in esame prevede ora la possibilità di eseguire accertamenti utili alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini anche prelevando forzosamente capelli o saliva (cd. «tampone buccale») di questi, nel rispetto delle dignità della persona. L'operazione è legittimamente compiuta solo se preceduta da un'apposita autorizzazione scritta del pm. che, in caso d'urgenza, può essere anticipata in via orale e confermata, successivamente, per iscritto.

Con tale novella si è dato inizio ad una disciplina *ad hoc* per gli accertamenti personali coattivi, colmando un vuoto normativo più volte posto in evidenza e fatto oggetto di disegni di legge mai portati a compimento (n. 2572 del 28 ottobre 1996 dell'on. Meandri; n. 4161 del 15 luglio 2003 dell'on. Franz ed altri; n. 3009 del 20 gennaio 1998 dell'on. Flick; n. 4682 del 10 febbraio 2004 dell'on. Onnis).

La copertura legislativa era necessaria in quanto l'attività comporta pur sempre una forma di compressione della libertà personale, sia per l'immobilizzazione, sia per la coazione che induce comunque a subire un *pati*, sebbene di minima entità e rilevanza (la «sofferenza» è sicuramente più letterale che reale).

Se l'interessato rifiuta di acconsentire ai detti prelievi, è prevedibile che questi debbano essere posti in essere con l'impiego di una forza volta a vincere una resistenza passiva o attiva, non tanto per «strappar via» una capello, ma per conseguire l'apertura del cavo orale al fine di raggiungerlo con un apposito tampone. Questo tipo di *vis* non è sconosciuto all'ordinamento e nemmeno alla stessa disposizione

⁶ *Ibidem*, § 36.

⁷ Corte cost., 27 marzo 1962 n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, p. 241; Id., 24 marzo 1986 n. 54, *ivi*, 1986, p. 387; Id., 27 giugno 1996 n. 238, *ivi*, 1996, p. 2142.

⁸ P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 614.

sull'identificazione personale, nella sua formulazione precedente. Difatti, un'immobilizzazione del soggetto, per vincerne la resistenza, è comunque indispensabile (e implicitamente ammessa) anche per effettuare i rilievi dattiloscopici, fotografici ed antropometrici.

È palese, invece, che la raccolta di campioni di saliva costituisca un accertamento del tipo «invasivo», che supera i limiti propri dell'ispezione corporale. L'introduzione di un tampone nel cavo orale accede alle parti «interne» dell'individuo, dovendosi oltrepassare la barriera fisica del corpo umano. Di qui, l'opportunità della previsione legislativa nel regolare tanto l'intervento autorizzativo dell'inquirente, quanto il limite del rispetto della dignità della persona.

3. Il prelievo legittimo di materiali biologici, necessari per il *test* del Dna, impone un'attenta riflessione sulla possibilità di farne un uso «probatorio».

Per giudicare dell'eventuale appartenenza dell'attività d'identificazione personale al «procedimento probatorio», è bene definire con stretto rigore la teleologia della norma, la quale non è preposta all'individuazione del colpevole del fatto-reato per cui si procede, ma alla verifica della sua identità. L'art. 349 c.p.p. presuppone che il colpevole sia stato esattamente individuato, ma che occorra procedere all'accertamento della sua identità fisica od onomastica.

Così, le due attività, d'«individuazione» e di «identificazione», sono distinte sotto il profilo funzionale, giacché la prima costituisce una tipica attività d'indagine, volta alla formulazione dell'ipotesi accusatoria a carico di una persona determinata; mentre, la seconda è strettamente finalizzata alla verifica dell'identità personale dell'imputato, sullo sfondo dell'art. 66 c.p.p. Del resto, il significato d'identità, che rileva a livello processuale, è il riflesso diretto ed immediato della necessitata corrispondenza tra la persona nei cui confronti è instaurato il processo e quella effettivamente sottoposta a giudizio.

L'art. 66 c.p.p. chiarisce che la mancata acquisizione di precise generalità dell'imputato (identità onomastica) non ostacola la prosecuzione del procedimento, quando sia comunque accertata l'identità fisica dello stesso. E, risponde a tale scopo, la possibilità di procedere all'identificazione della persona indagata «anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti» (art. 349 comma 2 c.p.p.).

La differenza tra le due attività, forse ineluttabile a livello teorico, nella prassi sembra confondersi. Temporalmente, spesso, può darsi una effettiva coincidenza. Individuare il colpevole (compito affidato

alla polizia giudiziaria dall'art. 348 comma 1 c.p.p.) significa anche acquisire i dati relativi alla sua identità. Questa possibile commistione trova origine nella particolare elasticità della figura dell'indagato, nel senso che l'identificazione potrebbe anche servire alla verifica di un'ipotesi d'indagine orientata nei riguardi di una determinata persona, della quale però occorre accertare la coincidenza dei dati onomastici e fisici già posseduti o di questi dati fra loro.

Altra è, invece, l'utilizzazione in chiave probatoria degli elementi indiziari che costituiscono il risultato dell'attività di cui all'art. 349 c.p.p. Il prelievo coattivo di materiali biologici, in questo senso, rappresenta la cuspide di una supposta inutilizzabilità.

Sembrerebbe, cioè, che l'indagato divenga l'oggetto dell'acquisizione di materiale probatorio a suo carico. Ed è sostanzialmente differente declinare le proprie generalità, lasciar trascrivere i propri dati antropometrici o prelevare le proprie impronte digitali, rispetto al farsi prelevare un campione di saliva, quando questo potrebbe essere usato non già per la verifica dell'identità ma per la conferma di un dato investigativo. Altro è vivere all'interno di una comunità sociale rispondendo a precisi canoni identificativi, cui corrispondono determinati doveri (si veda ad es., l'art. 651 c.p. che punisce il rifiuto di indicazione sulla propria identità personale e gli art. 494 ss. c.p. sulla falsità personale), anche in ossequio ad attività di polizia di sicurezza finalizzate al controllo ed alla prevenzione della criminalità (è il caso dei c.d. "cartellini segnaletici"); altro è ammettere implicitamente che gli esiti di una cogente attività strettamente identificativa possano divenire elementi di prova.

In proposito, non appare utile il paragone con l'ispezione personale (art. 245 c.p.p.), alla quale l'indagato non può sottrarsi (diviene "oggetto di prova") e che pur conduce al conseguimento di risultati utilizzabili per la decisione. Al di là del dato sistemico, per cui l'ispezione rappresenta tipicamente un mezzo di ricerca della prova, spicca sia l'esclusione di un autonomo potere d'iniziativa della polizia giudiziaria (art. 354 comma 3 c.p.p.), sia l'individuazione di precisi confini oltre i quali lo «sguardo esplorante»⁹ non può andare. Il limite fisico della corporeità dell'individuo non può essere travalicato mediante ispezione e, pertanto, non possono essere compiuti accertamenti (e prelievi) invasivi, che contemplano un accesso oltre la parte visibile

⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano 2003, p. 821.

del corpo umano, con l'introduzione di strumenti e sostanze¹⁰. Se, quindi, i risultati dell'ispezione, atti irripetibili, sono legittimamente utilizzabili dal giudice per la decisione, gli stessi argomenti non valgono per i dati (ed in particolare i materiali biologici) acquisiti con l'identificazione.

Ammettere l'utilizzabilità in punto di prova dei materiali biologici prelevati coattivamente dal corpo dell'identificando, significa introdurre una forma coercitiva di acquisizione di contributi probatori da parte dell'indagato (*Geständniszwang*), estranea al nostro ordinamento processuale¹¹ e condannata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹². In pratica, rilevato altresì che il prelievo avviene in assenza delle garanzie normalmente previste per le attività d'investigazione (presenza del difensore o di persona di fiducia, deposito degli atti), all'indagato non è consentito difendersi non collaborando: è come se fosse costretto a rispondere all'interrogatorio. E non ha valore la circostanza che possa dichiararsi lecito il prelievo effettuato a mezzo di espedienti e sotterfugi (come la tazzina di caffè o il mozzicone di sigaretta con tracce di saliva, i capelli rimasti impigliati in un pettine ed altro), mancando la cogenza e trattandosi di un'operazione teleologicamente distinta, investigativa in senso stretto.

L'uso probatorio di materiali biologici è possibile solo se questi siano stati prelevati nel corso degli accertamenti urgenti di p.g. effettuati ai sensi dell'art. 354 comma 3 c.p.p. (così come modificato dall'art. 10, comma 4 ter, d.l. cit.) e raccolti secondo le modalità di cui all'art. 349 comma 2 bis c.p.p. La previsione espressa, in questo caso, legittima la p.g., d'iniziativa, a superare il limite dell'ispezione personale. Il solo richiamo alle modalità previste per il prelievo di capelli o saliva, tuttavia, sembrerebbe ammettere un'acquisizione coattiva anche

¹⁰ Corte cost., 27 marzo 1962 n. 30, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 855; Id., 27 giugno 1996 n. 238, cit.; Cass., sez. I, 14 gennaio 1993, Strati, in *Cass. pen. mass.*, fasc. 7, p. 40.

¹¹ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, p. 66.

¹² C. eur. dir. uomo, 11 luglio 2006, Jalloh c. Germany: «*the right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*». Cfr. anche C. eur. dir. uomo, Saunders c. United Kingdom, 17 dicembre 1996; J.B. c. Svizzera, 3 maggio 2001; Heaney and McGuinness c. Ireland, 21 dicembre 2000; Allan c. United Kingdom, 5 novembre 2002.

di altri materiali biologici, purché sia richiesta preventivamente l'autorizzazione del pm. e sia rispettata la dignità personale del soggetto. Inoltre, la stessa forma di rinvio parziale potrebbe legittimare il prelievo anche su persone diverse dall'indagato (cui, esclusivamente, si riferisce l'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.).

In proposito, per entrambe le questioni, è preferibile optare per un'esegesi restrittiva, che si richiami alla disciplina dell'identificazione tanto per il profilo soggettivo, quanto per quello oggettivo, circa i materiali biologici prelevabili. Ciò in attesa di una normativa organica che provveda ad una più completa regolazione degli accertamenti coattivi¹³. Altrimenti, da un lato la coercizione mal si giustificerebbe nei riguardi di soggetti diversi dall'indagato (ad es. i potenziali testimoni), costretti ad un'immobilizzazione e ad un *patis* poco in equilibrio con la pur ineluttabile attività cognitiva del processo penale; dall'altro, stante la perdurante vigenza del limite dell'ispezione personale (identificabile nel "visibile" delle parti scoperte del corpo¹⁴) per tali accertamenti di p.g. (art. 354 comma 3 c.p.p.), sarebbe difficile accostargli una fattispecie aperta di prelievo di materiali biologici.

¹³ P. FELICIONI, *op. cit.*, p. 622 ss.

¹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 815.

MICHELE PANZAVOLTA

ACCERTAMENTI COATTIVI E TUTELA DELLA LIBERTÀ CORPORALE NEL PROCESSO PENALE *

SOMMARIO

1. *Premessa (costituzionale)*. 2. *I prelievi esperibili e la nozione di invasività*. 2.1. *Libertà personale e libertà corporale*. 2.2. *Criteri di invasività*. 2.3. *Casistica degli atti invasivi*. 2.4. *Conclusione*. 3. *Gli accertamenti coattivi tra jus conditum e jus condendum*. 3.1. *La polizia giudiziaria, dominus del prelievo, e la forma del provvedimento*. 3.2. *La perdurante assenza dei "casi" di esperibilità del prelievo/accertamento ...* 3.3. *... e dei "modi"*. 3.4. *Una opzione non sondata: sanzionare il rifiuto di sottoporsi ad accertamenti coattivi*. 4. *Le delicate (ed ignorate) fasi dell'esecuzione dell'indagine scientifica e le prospettive future*. 4.1. *Reperazione, conservazione del campione ed esecuzione dell'indagine scientifica*. 4.2. *Valore probatorio in dibattimento delle informazioni raccolte*. 4.3. *Sorte dei dati sensibili*.

1. Premessa (costituzionale)

Tra le costanti della legislazione d'emergenza figura il potenziamento delle prerogative degli organi di polizia, generalmente con compressione delle garanzie individuali; così come ricorre spesso l'imprecisione dei prodotti normativi, figli dell'urgenza e della contingenza delle scelte.

Entrambi i caratteri ritornano nella inedita disciplina sui prelievi corporali, una tra le novità dell'ultima legge antiterrorismo (legge n. 155 del 2005). Con grande delusione delle aspettative nutrite in questi anni. Perché un intervento normativo in materia era atteso, con crescente impazienza, dal 1996, quando la Corte costituzionale (sent. n. 238) interloquì sul punto, mettendo al bando i prelievi coattivi invasivi, almeno finché il legislatore non avesse provveduto a specificare i «casi», i «modi» e le «tipologie» di restrizione della libertà personale, come richiesto dall'art. 13 Cost.¹.

* Testo dell'intervento tenuto al convegno "Terrorismo internazionale e tutela dei diritti individuali", presso l'Università degli Studi di Urbino, 5-6 maggio 2006, corredato di note. Il testo è aggiornato al maggio 2006.

¹ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996, v. i commenti di A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2150; M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenze di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, *ivi*, p. 2151; G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, *ivi*, p. 3222; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà*

Con quella pronuncia la Consulta si discostò dal proprio precedente del 1986 (sentenza n. 54), in cui aveva giudicato costituzionalmente legittimi gli stessi accertamenti coattivi, in quanto la restrizione della libertà era finalizzata all'attuazione della giustizia penale e garantita dalle forme della perizia e, comunque, dall'obbligo del rispetto della persona umana². Dieci anni dopo, invece, il giudice delle leggi censura il ricorso ad interventi *ex auctoritate* sul corpo della persona.

Nel 1996 il dato normativo posto sotto scrutinio dalla Consulta era l'art. 224 co. 2 c.p.p., in materia di perizia, che consentiva genericamente al giudice di adottare anche provvedimenti che incidessero sulla libertà personale. Per la Corte quella previsione, quando usata per intrudere la sfera corporale più intima della persona – nel caso si trattava di prelievi ematici – si rivelava incostituzionale: troppo generica l'indicazione dei «provvedimenti necessari all'esecuzione delle operazioni» per coartare la libertà personale, né vi era la possibilità di ricavare per implicito le coordinate della riserva. Ma il *dictum* della Corte, facendo perno sulla insufficiente attuazione della riserva di legge, era suscettivo d'applicarsi anche oltre la perizia, agli accertamenti tecnici, alle ispezioni personali, sino a tradursi in un generico divieto – processualmente sanzionato *ex art.* 191 c.p.p.³ – di procedere ad accertamenti e prelievi corporali coattivi (senza il consenso dell'interessato), in assenza di apposita e precisa disciplina legislativa⁴.

personale, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3570; M. GIACCA, *In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte cost. n. 238 del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 602; G. ROMEO, *Prelievi ematici coattivi e principi costituzionali*, in *Rivista di polizia*, 1997, p. 280; D. VIGONI, *Corte costituzionale e prelievo ematico coattivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1022; R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1091; G. UMANI RONCHI, *Marcia indietro sul test del Dna: così si allargano le maglie dell'impunità*, in *Guida dir.*, 1996, p. 67.

² Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 54 del 1986, v. E. BERNARDI, *Prove ematologiche, poteri coercitivi del giudice e libertà personale*, in *Leg. pen.*, 1986, p. 365; A. FERRARO, *Il prelievo ematico coattivo e la violenza "lecita"*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 870.

³ Inutilizzabilità derivante da divieto contenuto in pronuncia di costituzionalità: v. R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 762, nt. 1 e P. FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 617.

⁴ In termini critici, G.P. DOLSO, *op. cit.*, 3223 s. Nel più limitato senso che la sentenza n. 238 del 1996 abbia accomunato «il divieto di prelievo sanguigno coattivo a quello di disporre nell'ambito della perizia qualsiasi altra misura che comunque incida sulla libertà personale», R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi*, cit., p. 1094 (seppur con

In effetti, la stessa genericità imputabile alla norma sulla perizia poteva (e può) essere ascritta alle regole in tema di ispezione e di perquisizione personale: non sembrano meglio integrati i casi di restrizione della libertà più intima della persona con la mera indicazione della necessità di raccogliere tracce ed altri effetti materiali del reato, o il corpo del reato e le cose pertinenti, di quanto non sia nella perizia l'esigenza di un accertamento specialistico rilevante ai fini della decisione penale⁵.

qualche apertura alla possibilità che il principio affermato in sentenza trascenda i confini della sola perizia, *op. cit.*, p. 1095). Egualmente, G. ROMEO, *op. cit.*, p. 281 e D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporea della persona*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 174.

⁵ Non si intende affatto sostenere l'incostituzionalità di questi mezzi di ricerca della prova (ispezione e perquisizione, peraltro, espressamente menzionate dall'articolo 13 della Carta come ipotesi legittime di compressione della libertà personale) per insufficiente determinatezza della loro disciplina legislativa: si vuole solo dire che perquisizione ed ispezione non sembrano permettere – almeno allo stato attuale – un sacrificio di quella specie di libertà personale, la «libertà corporea», che richiede una tutela più intensa. Se è vero che quest'ultima esige un'attuazione più rigorosa della riserva di legge (cioè, una definizione dei «casi» di restrizione più precisa di quanto non avvenga per la libertà personale), quale non è garantita dall'art. 224 c.p.p., allora la stessa conclusione deve valere per l'ispezione e la perquisizione, la cui disciplina legislativa non sembra sul punto più tassativa di quella della perizia.

Basti pensare all'ampiezza del significato ascrivito alla locuzione «cose pertinenti al reato» («larghezza» già riconosciuta da F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, p. 155), in cui si ricomprende qualsiasi *res* che possa assumere rilevanza per la decisione del *thema probandum*, per capire come la determinazione dei casi di una perquisizione sia tutt'altro che più restrittiva di quanto non avvenga per la perizia. Nella prima ipotesi – perquisizione – la limitazione della libertà personale viene consentita ogniquale volta sia necessaria per acquisire una cosa che potrebbe essere rilevante per la soluzione del tema processuale; nel secondo – perizia – si permetterebbe la limitazione della libertà personale quando serva per compiere un accertamento scientifico che sia rilevante per la decisione di merito: in definitiva, in entrambi i casi la limitazione della libertà personale sarebbe collegata alle necessità di acquisire un'informazione rilevante per il processo.

Il discorso non pare dissimile nel comparare alla perizia l'ispezione: la limitazione di quest'ultima alla sola ricerca di tracce del reato non sembra costituire una demarcazione davvero incisiva, tale da far ritenere la coercizione personale meglio precisata della perizia. Anche qui il concetto di «tracce», o quello di «effetto materiale del reato», paiono alquanto evanescenti, e, in fondo, evocano soprattutto l'esigenza che l'ispezione vada in cerca di un dato rilevante per il processo. Per questi motivi non sembra si possa dare ragione a Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euchi Ben Rachid (in *Dir. giust.*, 2006, f. 12, p. 52, con nota parzialmente critica di A. MACCHIA), che ritiene determinante, per giustificare l'effettuazione coattiva di una radiografia, la sua qualificazione come ispezione, piuttosto che come perizia.

Ma c'è un punto ulteriore da mettere in luce: tracce ed altri effetti materiali del

D'altronde, ad ammettere che la sentenza della Corte costituzionale del 1996 fosse circoscritta al solo ambito della perizia, con esclusione di altre attività d'indagine (ispezione, perquisizione) si dovrebbe oggi constatare una situazione paradossale: che il pubblico ministero possa, durante un'ispezione o una perquisizione personale, intrudere la libertà personale più di quanto non possa fare il giudice (terzo e imparziale) con una perizia; che l'inquirente possa, per dire, procedere a prelievi corporali, quando la mossa è preclusa al giusdicente. A meno di non ritagliare con estrema precisione la definizione dei singoli mezzi d'indagine – dall'ispezione alla perquisizione – in modo tale da escludere che si possa, con questi mezzi, procedere ad asportazioni di materiale biologico o a incursioni nel corpo della persona (ricerche intime)⁶; ma non sembra che affidarsi alla precisione delle categorizzazioni sia, nella procedura odierna, la soluzione che più garantisce le libertà⁷.

reato (ispezione), *corpus delicti* e cose pertinenti al reato (perquisizione), informazioni rilevanti al processo acquisibili con l'indagine scientifica (perizia), sono tutti esiti di una ricerca: sono, cioè, risultati che si appalesano all'inquirente solo dopo che egli abbia già compiuto la restrizione della libertà personale. Questo per dire che la disciplina delle finalità degli istituti è solo in parte capace di costituire un vincolo forte all'azione coercitiva degli organi inquirenti (ed è, perciò, relativamente capace di definire i «casi» di compressione della libertà personale), cioè nei limiti in cui un giudizio prognostico consenta di escludere con certezza che non si potrà raccogliere nessuna informazione rilevante. Si può allora anticipare che, probabilmente, la determinazione dei casi di restrizione della libertà corporale richiederà qualcosa di più di formule simili. Sul punto v. *infra*, § 2.4 e 3.2. Diverso sembra invece il discorso per quanto concerne le c.d. ricognizioni coattive; *infra*, nota 22.

⁶ Come fa, per esempio, F. CORDERO, *Procedura penale*, 7ª ed., Milano, 2003, 815 e 824, secondo cui «i rilievi sul corpo, ammessi fino alla soglia dell'ispezione personale, includono tutto il visibile nelle parti scoperte (ad esempio, polvere pirica sulla mano, segnalata dalla paraffina); sfuggono allo sguardo investigante le cavità e l'epidermide vestita»: infatti, «l'ispezione endocorporea è già lavoro da perito». La dottrina prevalente, al contrario, ritiene che l'ispezione ben possa esercitarsi nella «descrizione di nascoste parti del corpo d'un individuo» (E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, 3ª ed., Torino, 1939, p. 369; C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 278; G. PEYRON, *Ispezione giudiziale*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 963), anche di quelle «più riposte, non escluse quelle interne all'organismo» (G. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, 1963, p. 201); ed allora, in quest'ultima prospettiva, il problema del limite oltre cui l'inquirente non possa spingersi diviene fondamentale.

⁷ In effetti, già non è facile sceverare le attività ispettive da quelle volte alla perquisizione, al di là della generica contrapposizione – per lo più tratta dall'etimologia dei due termini – tra attività d'osservazione e attività di ricerca; ed il fatto che, in

Con la sua sentenza la Corte pare avere voluto individuare all'interno dell'area presidiata dalla libertà personale *ex art. 13 Cost.* un nocciolo duro, la *species* della "libertà corporale", la quale esige un'attuazione più intensa della garanzia della riserva di legge⁸. È una posizione che sembra in consonanza con quel principio di proporzionalità, secondo cui più alto è il grado di invasione nella libertà dell'individuo, più specifica deve essere la legge che quell'aggressione consente⁹. Il che val quanto dire che, quando si tratti di attaccare un bene di rango più elevato, la legge deve ancor più brillare per precisione, rifuggire dal linguaggio vago o generico e, per quanto possibile, da

concreto, la dottrina faccia per lo più riferimento ad un criterio teleologico, valorizzando le diverse finalità dei due istituti (C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 276; V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2004, 341; A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 187; G. PEYRON, *Ispezione giudiziale*, cit., 963), conferma per altro verso la difficoltà di distinguere queste operazioni sul piano strutturale. Ancor più arduo individuare un chiaro discrimine tra ispezione e perizia, al di là della comune notazione per cui la prima sarebbe esclusivamente diretta all'osservazione, mentre la seconda si contraddistinguerebbe per la presenza di un'attività di tipo valutativo; in concreto, è difficile dire quando l'una travalichi nell'altra. Sul punto, per le difficoltà di distinguere l'ispezione dalla perizia, e sul fatto che la seconda nasca come sottotipo della prima v., oltre agli AA. appena citati, l'attenta indagine di G.P. VOENA, *Confini tra ispezioni e perizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 903 ss.

⁸ Scrive la Corte: «tale restrizione è tanto più allarmante – e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del giudice dei "casi e modi" in cui può essere disposta dal giudice – in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppure in misura minima, invade la sfera corporale – pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione (cfr. sentenza n. 194 del 1996) – e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla», Corte cost., 238/1996.

Uno sdoppiamento tra libertà personale e corporale sembra risultare anche dal seguente brano della Corte (che immediatamente precede l'altro): «e così [la Costituzione] appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrando tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto».

⁹ Nel senso dell'esistenza nell'art. 13 Cost. di «un principio implicito di proporzionalità» si esprimeva già L. ELIA, *Libertà personale e misure prevenzione*, Milano, 1962, p. 64. Più recentemente, l'importanza del principio di proporzionalità è illustrata con chiarezza da D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 12.

clausole troppo generali, modellare la disciplina normativa in modo che tutti gli aspetti rilevanti della limitazione della libertà siano esaurientemente risolti.

A prima lettura non si direbbe che la distinzione tracciata dalla Corte trovi un preciso appiglio nella lettera dell'art. 13 comma 1 Cost., che considera la libertà personale come un unico bene giuridico, senza gradazioni di sorta al suo interno. In ogni caso vale la pena di prendere il *dictum* della Corte come un dato di fatto, una creazione pretoria da cui muovere. Di cui il legislatore e l'interprete debbono tenere conto; che il legislatore e l'interprete debbono – se possibile e sin dove ragionevole – razionalizzare.

2. I prelievi esperibili e la nozione di invasività

Desta sorpresa la collocazione topografica della nuova disciplina. Per quanto gli accertamenti coattivi interferiscano *prima facie* con l'area della libertà personale, coercibile solo dall'autorità giudiziaria, il legislatore li colloca, eccentricamente, nel titolo sull'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria. Due gli innesti normativi: l'inserzione del comma 2 *bis* nel corpo dell'art. 349 c.p.p., sull'identificazione dell'indagato; l'introduzione di un secondo periodo nel comma 3 dell'art. 354 c.p.p., in materia di accertamenti urgenti disposti dalla polizia giudiziaria, da compiersi quando vi sia il pericolo che le cose, le tracce, i luoghi connessi al reato si alterino, si disperdano o si modifichino.

Di fronte ad entrambe le interpolazioni si avverte immediatamente l'eccessiva elasticità delle nuove regole. Al fine di identificare l'indagato, il legislatore, oltre a rilievi dattiloscopici, fotografici ed antropometrici, consente genericamente il compimento di «altri accertamenti», tra cui – in forza del nuovo comma 2 *bis* - anche operazioni che comportino il prelievo di saliva e capelli. Formulazione che fa sorgere immediato il dubbio se le due menzionate siano le uniche forme di prelievo biologico possibili, ovvero se anche altre siano consentite (ed eventualmente a quali condizioni, se alle condizioni poste dal comma 2 *bis* ovvero al di fuori di quelle). Ed un medesimo quesito si pone al cospetto dell'art. 354 c.p.p., ove si parla in generale di accertamenti urgenti che «comportano il prelievo di materiale biologico», per poi rinviare alla disciplina operativa dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.: quali «tipi» di accertamento coattivo e, in particolare, di prelievo sono consentiti? Tutti? Solo le due forme indicate dall'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.? Solo quelli non invasivi?

L'innesto frettoloso crea confusione in una materia che, estremamente sensibile per le libertà costituzionali della persona, meriterebbe distinzioni accurate. Per esempio, un primo passaggio avrebbe dovuto essere quello di distinguere tra operazioni diverse, gli accertamenti invasivi da una parte, i prelievi di materiale biologico ai fini d'un successivo esame scientifico del campione dall'altra. Le nuove norme sembrano avere in mente la seconda ipotesi, ma poiché non chiariscono con precisione il proprio ambito di applicazione, lasciano sfumata la sorte della prima categoria.

2.1. *Libertà personale e libertà corporale*

Per rispondere alle domande poste pare essenziale individuare i tipi di prelievo/accertamento che comportino compressione di quella forma di libertà personale che abbiamo chiamato libertà corporale e che possiamo sin d'ora qualificare «invasivi»: questo perché la Corte costituzionale nella pronunzia del 1996 aveva riferito il divieto proprio a questo tipo di operazioni. Mentre non v'è certo preclusione alcuna ad accertamenti che non ledano quella libertà dell'individuo¹⁰.

Importa dunque capire quando esattamente un prelievo o un accertamento sia invasivo, ossia quando incida sulla libertà corporale, come forma di libertà personale che richiede una tutela di maggior intensità.

Non si tratta di operazione facile, anche perché sconta l'evane-

¹⁰ La Corte di cassazione ha più volte affermato la legittimità della raccolta di materiale biologico non asportato: Sez. I, 2 novembre 2005, n. 1028, *inedita* («Il prelievo di tracce di saliva avvenuto all'insaputa dell'imputato, mediante il sequestro di un bicchierino di caffè offerto dalla polizia giudiziaria, può essere legittimamente effettuato ai sensi degli artt. 348 ss. c.p.p., in quanto l'attività investigativa non ha alcuna incidenza sulla sfera della libertà personale dell'interessato, riguardando materiale biologico dallo stesso fisicamente separato, ed è prodromica all'accertamento tecnico – nella specie non ripetibile – sul relativo reperto, assistito dalle garanzie difensive previste dall'art. 360 c.p.p.»); Sez. I, 2 febbraio 2005, Candela, rv. 233448 («in tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili, il prelievo del DNA della persona indagata attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibilità non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo, ed essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici non richiede l'osservanza delle garanzie difensive. Per contro, le successive operazioni di comparazione del consulente tecnico pretendono l'osservanza delle garanzie difensive»). Nella giurisprudenza di merito v. Corte ass. Torino, 21 aprile 2004, P.D., in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 347.

scenza delle categorie di riferimento, del concetto di libertà corporale e, prima ancora, di quello di libertà personale.

Il contenuto della prima appare davvero sfumato: quale intensità di intrusione fisica, se non di lesione del corpo, è necessaria perché si configuri una violazione? A maggior ragione, i confini tra la libertà personale, coercibile con le normali ispezioni personali (ma anche con le più classiche misure coercitive dell'arresto e del fermo), e la libertà corporale, sono nebulosi.

La stessa libertà personale (di cui la libertà corporale costituisce una *species*) è di difficile definizione. Non è di grande aiuto la giurisprudenza della Corte costituzionale che, servendosi ogni volta di criteri diversi, non sembra consentire una ricostruzione sufficientemente ferma del concetto¹¹. In dottrina, poi, la nozione è da sempre estremamente controversa¹²: tra chi ritiene che coinvolga i soli atti di coercizione fisica¹³ e chi, invece, affianca alla coercizione fisica (cioè, alle

¹¹ Lo constatava già G. ILLUMINATI, *Aspetti costituzionali del ritiro del passaporto come misura cautelare nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1169, secondo cui dalla giurisprudenza costituzionale si evince «la difficoltà di enucleare una nozione comune e generale che astragga dal caso particolare sottoposto all'esame della Corte. Sembra piuttosto che il giudizio sull'esistenza di una violazione della libertà personale sia affidato, caso per caso, ad un criterio quantitativo, basato sul grado di intensità della *diminutio* della dignità dei soggetti colpiti dai provvedimenti limitativi». Più recentemente, per simili considerazioni, v. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, p. 484 e M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 235 ss.; C. DE FIORES, *Libertà personale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, p. 3526.

¹² V. la sintesi di A. PACE, *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 287.

¹³ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 29 ss., 67 ss., 73; Id., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 949 s.; A. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 295 s., secondo cui «l'oggetto del diritto di libertà personale sarà il proprio essere fisico, il suo contenuto – e cioè la situazione soggettiva quale si manifesta dinamicamente e in concreto – si traduce nella disponibilità del proprio corpo», con l'ovvia conclusione che «l'art. 13 riguarda le sole misure coercitive». Sulla stessa linea, S. GALEOTTI, *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 864 s., per il quale «la libertà personale [...] va riconosciuta concettualmente come quella situazione giuridica soggettiva che, avendo per oggetto l'uomo nella sua unità psico-somatica, cioè propriamente il corpo della persona nell'unità organico-funzionale di ogni sua facoltà, tutela l'interesse primordiale che ha la persona umana a godere in via esclusiva, libera da ogni intrusione altrui, la disponibilità del proprio corpo, cioè di ogni facoltà che vi è intrinseca»; discende da qui che costituisca violazione della libertà personale «tutto quello che priva o menoma la persona della o nella esclusività con cui può godere e disporre di se medesima; vale a dire, tutto ciò che sopprime o menoma quello *ius excludendi alios*, che la persona, per tale diritto, possiede

misure che comportano un *pati* da parte del soggetto) anche alcune forme di obbligo o comando¹⁴; chi, infine, vi include pure la libertà morale¹⁵ o la dignità personale^{16 17}.

quanto alla disponibilità del proprio corpo e delle facoltà fisiche e fisiopsichiche in esso immedesimate». Egualmente, E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro Padano*, 1951, IV, p. 272. In giurisprudenza, per quest'orientamento, v. Corte cost. 45/1960, 23/75, 943/1988, 471/1990 (che identifica la libertà nella «sfera di esplicazione della persona di disporre del proprio corpo»), 210/1995, 194/1996, 105/2001 (con la precisazione che «in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere» si registra «una mortificazione della dignità dell'uomo»); implicitamente, ma traendo conclusioni molto nette dal concetto di libertà personale come libertà dalla coercizione fisica, già Corte cost. 2/1956. Più sfumata, invece, la posizione di Corte cost. 99/1980, secondo cui «l'art. 13 della Costituzione disciplina potestà coattive dirette a limitare l'autonomia e la disponibilità della persona, ma non riguarda oneri volontariamente assunti che non comportano alcuna degradazione giuridica e che non ledono in alcun modo la dignità del soggetto».

¹⁴ È di quest'opinione, A. CERRI, *Libertà II) Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, 1991, p. 5, secondo cui «alcuni obblighi possono equivalere a coercizione», ossia «quelli che non lasciano alcuna discrezione sui tempi e sui modi dell'adempimento, non consentono alcuna armonizzazione dell'impegno che impongono con altri che rientrano nel programma del soggetto passivo; anche equivalgono a coercizione quegli obblighi che sono eseguibili in forma specifica sulla persona (ordine di allontanamento e traduzione) e quegli obblighi ancora che sono presidiati da sanzione penale e da sanzione che incida comunque su un diritto inviolabile».

¹⁵ Per P. GROSSI, *Libertà personale, di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 205 «non potrà seriamente contestarsi che il potere di disporre della propria persona sia limitato ugualmente tanto da coercizione fisica quanto da coercizione morale, per quanto in forme e con influenza diversa, e che da questo punto di vista la solenne proclamazione di inviolabilità sancita dall'alinea dell'art. 13 Cost. avrebbe un ben misero contenuto se consentisse di distinguere gli attentati che alla libertà personale siano recati con la apprensione e la manomissione corporali, da quelli consistenti in ordini, divieti, minacce ed in ogni altra forma di intimidazione morale»; «non soltanto la violenza corporale e l'uso dei mezzi di coazione fisica incidono sulla libertà dell'uomo e dei suoi movimenti, ma altresì qualsiasi limitazione, contenuta in proposizioni normative o in disposizioni dell'Autorità che, operando nel campo della libertà morale, tendono a sottrarre al privato l'autonoma disponibilità della propria persona». Nel senso che il primo e il quarto comma dell'art. 13 siano volti a tutelare anche la «libertà spirituale», «la cui violazione, anche se avviene a mezzo della semplice imposizione di un obbligo o di un limite alla libertà di autodeterminazione, si risolve poi sempre anche in una restrizione delle possibilità fisiche dell'individuo», P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111 s. (per l'A., poi, la libertà spirituale/morale ricomprende in sé «tutte le facoltà primordiali dell'uomo, compresa quella della libera autodeterminazione»).

¹⁶ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 99 ss. (partic. 103) e 120. V. pure C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 689-90 (per il quale va ammessa «l'assunzione di un concetto di

Queste ultime accezioni non vanno sottovalutate proprio in tema di libertà corporale, perché, in molti casi di accertamenti intrusivi della persona, la lesione fisica che viene effettivamente arrecata potrebbe essere complessivamente modesta – tanto che non pare necessario chiamare in gioco, se non quale limite estremo, piuttosto teorico, l'art. 32 Cost., ossia il diritto all'integrità fisica e alla salute del soggetto sottoposto ad accertamenti¹⁸ – ma potrebbe apparire aggredita la libertà morale della persona davanti all'investigatore, tramite lo squarcio della sfera più intima della persona¹⁹.

libertà personale tale da non esaurirsi nella protezione della medesima da ogni specie di coazione fisica che si voglia esercitare sulla persona, ma estesa fino a comprendere anche la salvaguardia delle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa», per modo da evitare che sia menomata la capacità generale degli individui, «la loro “dignità”; sicché «deve essere sottoposto alla pronuncia del magistrato ogni provvedimento amministrativo che si concreti non solo in una riduzione coattiva della sfera d'azione riservata al cittadino, ma implichi un giudizio che si rifletta negativamente sulla personalità morale di lui») e ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 8ª ed., Padova, 1969, p. 951-2 e 955-6. V. anche la posizione di P. BARILE, riportata nella nota precedente.

¹⁷ Le discussioni in dottrina sulla disciplina costituzionale della libertà personale si arricchiscono poi della controversia attorno al c.d. «vuoto dei fini» dell'art. 13, cioè all'assenza di indicazioni nella norma quanto alle finalità per soddisfare le quali sia possibile comprimere la libertà. Anche se, in proposito, sembra ormai prevalente la posizione che riduce la coercizione legittima a quella disposta per le sole finalità legate agli artt. 25, 30, 32 Cost. (per tutti v. L. ELIA, *opp. e locc. citt.*, *supra* nota 13), senza tuttavia dimenticare che, in materia di giustizia penale, prima che intervenga una sentenza definitiva, occorre altresì fare riferimento ai precisi vincoli imposti dall'art. 27 Cost. (V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976, p. 36 ss.).

¹⁸ L'art. 32 Cost. costituisce senz'altro un vincolo all'esperibilità di accertamenti invasivi, ma esso si configura più che altro come un limite estremo, una soglia ultima, mai in alcun modo valicabile. Ciò non toglie che – è questa la prospettiva adottata da chi scrive – la tutela del corpo possa assumere rilevanza costituzionale anche prima che si discuta di interventi nocivi per la salute, anche di fronte ad aggressioni che non menomano il diritto sancito dall'art. 32 Cost. Così, come meglio si vedrà nel prosieguo del testo, non è escluso che un intervento corporale possa essere considerato invasivo pur non comportando rischi per la salute. In termini molto netti circa la non configurabilità di una lesione all'art. 32 Cost. dei prelievi biologici, Corte cost. 194/1996 e, con specifico riferimento ai prelievi ematici, Corte cost. 54/1986.

¹⁹ Include nell'art. 13 Cost. la lesione alla libertà morale della persona, Corte cost., 30/1962 (al cui concetto di libertà personale rinvia genericamente Corte cost. 72/1963, forse, però, senza il preciso intento di abbracciare nella nozione anche la libertà morale). Un concetto ampio di libertà personale è asseverato anche da Corte cost. 68/1964, con la conseguenza che se ne avrebbe lesione ogni volta che un prov-

Per vero, non si intende qui sostenere che la nozione di libertà personale contemplata dall'art. 13 Cost. vada identificata con quella di libertà morale, assunto già sottoposto ad efficace critica molti anni or sono²⁰ e che porterebbe ad un allargamento eccessivo di questa libertà a scapito delle altre forme "contigue" di libertà protette – in modo meno intenso – dalla Costituzione (dalla libertà di circolazione a quella di soggiorno o di riunione)²¹. La lesione della libertà personale sembra comunque richiedere una *deminutio* della sfera fisica del soggetto. Dato questo requisito minimo, il grado maggiore o minore di compressione della libertà morale arrecata con l'aggressione fisica può però aiutare a discernere tra varie forme, intensità diverse di lesione della libertà personale. In questa chiave la libertà corporale sembra collocarsi al grado meritevole di più alta protezione. La libertà morale può cioè operare come criterio discreitivo tra ipotesi diverse di restrizione della libertà personale e, per questa via, l'integrità del corpo viene a collocarsi sul gradino più alto: perché quando sia aggredita, il soggetto perde (interamente) la propria capacità di autodeterminazione e si trova in piena soggezione dell'autorità inquirente²².

vedimento arrecasse «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*». Si richiama invece al concetto, tanto sfumato quanto discusso, di «degradazione giuridica», per identificare le ipotesi di violazione della libertà personale, Corte cost. 11/1956.

²⁰ G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 367, sulla base della constatazione della «natura intrinsecamente diversa di queste due fondamentali libertà umane [libertà personale e libertà morale], l'una delle quali può essere violata senza che sia necessariamente violata l'altra». Ancor più radicale la critica di A. CERRI, *Libertà*, cit., p. 6, per il quale si tratta di concetto inutile (l'A., tuttavia, ricomprende nella nozione di libertà personale anche alcune forme di obbligo).

²¹ Efficacemente, A. BARBERA, *op. cit.*, p. 27 s. e 77 ss.

²² Proprio il sommarsi d'una intensa lesione della libertà morale alla compressione della libertà fisica potrebbe dare ragione del diverso – e più garantito – trattamento dei prelievi/accertamenti corporali rispetto ad altri provvedimenti, come l'accompagnamento coattivo, pur essi caratterizzati da una coercizione solo momentanea sull'individuo (in proposito, va ricordato che la Corte costituzionale ha talvolta – discutibilmente – tratto spunto dalla temporaneità della restrizione per giustificare l'assenza di lesione all'art. 13 Cost.; v. Corte cost. 13/1972, a proposito dell'accompagnamento coattivo previsto dall'art. 15 del t.u.l.p.s.). In definitiva, è opportuno differenziare il tipo di coazione che può talora essere richiesto per l'assunzione di determinate prove – si pensi, in particolare, alle ricognizioni coattive – e che consiste in un mero intervento fisico esterno, di immobilizzazione, dall'azione necessaria per gli accertamenti/

Si accennava alla difficoltà di reperire un supporto testuale nella Costituzione per questa distinzione. In effetti, la lettera dell'art. 13 comma 2 Cost. non sembra distinguere tra singole specie di libertà personale. Si potrebbe tuttavia cogliere un punto di emersione della libertà corporale nel quarto comma dello stesso articolo 13: quel riferimento al divieto di violenza "fisica e morale" sulla persona detenuta potrebbe essere interpretato come un accenno alla "sacralità" del corpo umano, che tendenzialmente non tollera intrusioni, nemmeno quando la persona sia già in uno degli stati più intensi di restrizione della libertà personale²³. Da qui potrebbe allora trarsi l'argomento per individuare, all'interno della libertà personale, il sottoinsieme della libertà corporale, bene collocato ad un livello di inviolabilità ancora superiore, quindi scalfibile solo con un corredo di garanzie più robuste²⁴.

Sia chiaro, però, che l'art. 13 comma 4 Cost. può fornire solamente lo spunto per la mossa interpretativa, e non va comunque inteso

prelievi corporali, che investe contemporaneamente libertà fisica e morale dell'individuo. Non pare allora necessario che al riconoscimento d'una specifica tutela per gli accertamenti corporali coattivi si accompagni un equivalente innalzamento delle garanzie per le ricognizioni (così, in chiave dubitativa, R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi*, cit., p. 1095 e N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel processo penale*, Milano, 1998, p. 121) e sembra, perciò, almeno nella prospettiva qui adottata, che non vi siano ragioni per criticare l'approccio giurisprudenziale, che ritiene per lo più ammissibili le ricognizioni coattive (Trib. Piacenza, 13 dicembre 1991, Quirci, in *Cass. pen.*, 1993, p. 448; così, già Cass., sez. II, 18 maggio 1987, Pino, *ivi*, 1990, p. 651, con nota adesiva di P. FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione coattiva compiuta contro la volontà dell'imputato*, *ivi*, p. 653; in dottrina, v. anche P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 511).

²³ Per V. GREVI, *La libertà personale*, cit., p. 252, il principio vale non solo come regola di trattamento del detenuto, ma anche come regola investigativa, imponendo «il divieto all'impiego di qualunque procedimento investigativo che, alterando *ab externo* le normali condizioni fisiche e psichiche dell'imputato, ne annulli o ne diminuisca gravemente le attitudini inibitorie, lasciandolo in completa balia dell'autorità inquirente» (egualmente in voce *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 398).

²⁴ Corre l'obbligo di ricordare che una posizione contraria a questa ricostruzione era stata assunta da Corte cost. 54/1986 (d'accordo, in dottrina, A. FERRARO, *op. cit.*, p. 870), la quale liquidò il tentativo di fondare l'incostituzionalità del prelievo ematico anche sull'art. 13 comma 4 Cost. con le seguenti parole: «Tanto meno, poi, può venire in causa il comma 4° dell'invocato parametro costituzionale, perché le violenze cui quel comma fa riferimento sono evidentemente quelle illecite, (...) e non le minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio». Ma non sembra incongruo aggiungere che, su questo specifico punto, la sentenza del 1986 pare completamente scavalcata dalla decisione n. 238 del 1996.

alla lettera: altrimenti, si dovrebbe concludere che nessun intervento sul corpo sia consentito, trattandosi di violenza²⁵; mentre è chiaro che, seppure con la cautela di un criterio di residualità estrema (una sorta di “doppia *extrema ratio*”), anche la libertà corporale va bilanciata con contrapposti interessi, in particolare con quelli della giustizia penale.

A completare l'opera, poi, soccorre un criterio di proporzionalità. Una volta che si sia riconosciuta una sfera della persona che merita una tutela più incisiva della semplice libertà personale, quel principio interverrà nel senso di ispessire le garanzie poste a tutela di questa area.

Nessuno ignora, in fondo, che la disciplina dei “casi” e dei “modi” prevista dalla Costituzione può essere attuata a livelli diversi di precisione del dettato legislativo, così come tutti sono ormai consapevoli che esistono gradi diversi di analiticità del linguaggio. In questo contesto sembra tutt'altro che irragionevole pensare che la limitazione della libertà corporale, oltre ad essere meno cedevole di fronte a contrapposti interessi, esiga, nell'ottica di quella residualità estrema cui si accennava, un'attuazione della riserva di legge più rigorosa.

2.2. Criteri di invasività

Un criterio distintivo proposto per sceverare tra accertamenti invasivi e non (conseguentemente, tra libertà corporale e semplice libertà personale) è quello che identifica i prelievi invasivi in operazioni che comportano «il superamento del limite fisico dell'individuo», ossia che incidono «sulla integrità fisica del soggetto per asportare materiale biologico»²⁶. Quest'ultima nozione, a prima vista complessivamente accettabile, pone il problema di definire la soglia dell'integrità fisica; sicché essa non fornisce all'interprete una risposta sufficientemente precisa e direttamente fruibile.

Un filone consistente della dottrina suggerisce invece di far correre il discrimine tra rilievi invasivi e non lungo la linea d'una distinzione tracciata in un altro precedente della Corte costituzionale, nella sent.

²⁵ Senza contare che la norma si riferisce espressamente alle sole persone che si trovino in stato di restrizione della libertà.

²⁶ V. BARBATO-G. LAGO-V. MANZANARI, *Come ovviare al vuoto*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 363.

n. 30 del 1962: quella tra i «rilievi esteriori» – «che riguardano l'aspetto esteriore della persona», cioè «quelli che (...) possono talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali» – e le ispezioni personali/corporali – che invece incidono sulla libertà fisica e morale della persona. In altri termini, la dicotomia era istituita tra «misure extracorporali e intracorporali»²⁷.

La distinzione servì nel 1962 a ripartire le attività concesse alla polizia giudiziaria da quelle attribuite alla signoria esclusiva dell'autorità giudiziaria. Chi la rispolvera oggi se ne serve invece per tracciare una distinzione all'interno delle prerogative dell'autorità giudiziaria: ciò che il pubblico ministero (e, *a fortiori*, il giudice) può fare sulla base dei regolari poteri di ispezione/perquisizione personale (cioè, gli interventi extracorporali); ciò che potrà fare solo dietro espressa e molto precisa indicazione legislativa dei casi e dei modi (accertamenti intracorporali)²⁸. Recuperare il criterio del 1962, allora, non vuol dire ritornare al passato, quanto piuttosto spostare il baricentro della tutela della libertà corporale della persona molto più avanti di quanto sia mai accaduto: le misure intracorporali richiedono, non solo un intervento dell'autorità giudiziaria, ma altresì un'indicazione dei «casi» e dei «modi» attuata con estrema precisione e specificità.

Il criterio di invasività da ultimo richiamato riecheggia soluzioni adottate in altri paesi. Così, nel Regno Unito il *Criminal and Police Evidence Act* del 1984 (PACE 1984) distingue tra la raccolta di «campioni intimi» (*intimate samples*), ottenuti dal prelievo di materiale biologico dalle cavità corporee interne, e di campioni «non intimi». An-

²⁷ L'efficace sintesi è di R.E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi*, cit., p. 1094. In questo senso v., anche, P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi*, cit., p. 504.

²⁸ Come conseguenza di un tale avanzamento della tutela sembra giunto il tempo di rimeditare la sorte degli accertamenti dattiloscopici e fotografici compiuti autonomamente dalla polizia giudiziaria: se è vero che sono misure «extracorporali», pare ormai anacronistico escludere che essi non chiamino in gioco la libertà personale di chi vi è sottoposto, così da non richiedere l'autorizzazione del magistrato. C'è altrimenti il pericolo di legittimare un'irragionevole frattura: l'intrusione dentro al corpo, tutelata al massimo grado, tanto con l'assenso del magistrato quanto con un'indicazione assai meticolosa dei «casi» e dei «modi»; di contro, l'intervento sulle parti esteriori del corpo, possibile addirittura senza controllo dell'autorità giudiziaria e senza predeterminazione legislativa dei «casi» e dei «modi» di restrizione.

che se nel 1994 la disciplina originaria è stata modificata proprio per eccettuare dai campioni intimi la raccolta di saliva dalla cavità orale²⁹. Pure in Francia, il codice di procedura penale distingue tra prelievi esteriori (*prélèvements externes*, art. 55-1) e prelievi biologici («*prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique*», art. 756-1); seppure in entrambi i casi la competenza dell'adozione dell'atto spetti ad un ufficiale di polizia giudiziaria.

Soprattutto, la distinzione tra interferenza esterna ed interna pare mettere bene in luce le due componenti della libertà corporale: la sola coercizione fisica, da un lato; l'intrusione nella sfera più intima della persona, con una intensa lesione anche della sua libertà morale, dall'altro.

Nella direzione qui suggerita si sono mosse anche alcune proposte di legge presentate nelle passate legislature. Così, per il Ddl Flick (n. 3009) presentato nella XIII legislatura il 20 gennaio 1998, «si considerano non invasivi della sfera corporale i prelievi di campione di unghie, capelli e altre parti esterne non sensibili del corpo e gli accertamenti medici, diversi dalle ispezioni personali, che non richiedono la somministrazione di sostanze o l'introduzione di strumenti nel corpo della persona sottoposta all'esame».

Il pregio di quest'ultima definizione di invasività/non invasività sta nel fatto che essa cerca di combinare un criterio generale, dato dal ri-

²⁹ L'attuale *section 65 Police and Criminal Evidence Act 1984* recita: «“intimate sample” means – (a) a sample of blood, semen or any other tissue fluid, urine or pubic hair; (b) a dental impression; (c) a swab taken from any part of a person's genitals (including pubic hair) or from a person's body orifice other than the mouth». L'aggiunta delle parole «other than the mouth», contestuale alla scomparsa della parola «saliva» dal punto (a), è opera del *Criminal Justice and Public Order Act, 1994*, section 59. La stessa sezione definisce poi come *intimate search* un'ispezione «which consists of the physical examination of a person's body orifices other than the mouth». Si veda anche il caso *Regina v. Hughes (Patrick)*, Court of Appeal, Criminal division, 9 novembre 1993, in *Weekly Law Review*, 1994, 1, 876, in cui la giurisprudenza ha precisato come la definizione legislativa vada interpretata nel senso di richiedere «some physical intrusion into the body orifice, some physical examination rather than mere visual examination in order to attempt to cause the person to extrude what is contained in the body through one of its orifices»; nel caso di specie, un agente di polizia giudiziaria aveva aperto a forza la bocca di una persona, per tentare di farle sputare un sacchetto appena ingoiato, che successivamente rivelò contenere sostanza stupefacente, e la Corte d'Appello esclude che l'operazione fosse qualificabile come ricerca invasiva (*intimate search*).

ferimento all'incidenza dell'azione sulle «parti esterne del corpo», con l'indicazione casistica di alcuni accertamenti – i più frequenti – espressamente qualificati non invasivi o, all'opposto, invasivi.

2.3. *Casistica degli atti invasivi*

In effetti, il problema non è solo quello di enucleare un concetto di invasività/non invasività, ma anche quello di ascrivere in concreto le singole pratiche all'una o all'altra categoria.

Per esempio, proprio per confrontarci con l'attuale disciplina normativa, non è facile comprendere se il prelievo pilifero o quello salivare – espressamente menzionati oggi dall'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. – siano o meno da qualificare invasivi.

Certo, vi sono accertamenti sulla cui invasività tutti convengono. Una laparotomia è senz'altro invasiva; così pure, gli accertamenti che comportino l'introduzione di sonde, come la laparoscopia, la gastroscopia o la colonscopia: siamo di fronte ad operazioni che attentano addirittura alla salute dell'individuo. Anche in virtù dell'intervento della Corte costituzionale del 1996, è generalmente considerato invasivo il prelievo ematico³⁰.

Simmetrica convergenza sulla non invasività dell'accertamento ecografico. Per la giurisprudenza non lede la libertà corporale nemmeno l'accertamento radiologico³¹. E secondo molti nemmeno il prelievo di capelli va giudicato invasivo.

Sul prelievo di saliva si registra, invece, una divisione in due gruppi quasi equivalenti. Chi considera il prelievo intrusivo³², chi lo esclude.

Se ciò che caratterizza la lesione alla libertà corporale da quella alla libertà personale è l'affiancarsi, alla coercizione fisica, di un'aggressione

³⁰ P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi*, cit., p. 512. In senso contrario, si esprimono per la non invasività del prelievo di sangue, M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., 2155 e F. TERRUSI, *L'esame ematologico del soggetto dissenziente tra esigenze di giustizia e diritti di libertà*, in *Giur. merito*, 1993, p. 852.

³¹ Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euch Ben Rachid, cit.; in precedenza, v. Cass., 27 febbraio 1989, Salvan, in *Foro it.*, p. 1989, II, 665. In dottrina, G. ROMEO, *op. cit.*, p. 286. *Contra*, P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi*, cit., p. 512.

³² R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quaderni camerti*, 1992, p. 420; G. NICOLUCCI, *Tempi più duri per i predicatori d'odio*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 37, p. 125.

alla sfera morale della persona, aggressione che, squarciando la libertà della persona, la pone in stato di soggezione morale avanti all'indagante, potrebbe argomentarsi che il prelievo salivare sia qualificabile come prelievo invasivo: anche qui c'è una raccolta di materiale da cavità interne, superando la soglia della barriera fisica esteriore. Quando gli inquirenti oltrepassano con la coazione il limite esteriore del corpo, per penetrare in aree interne, il soggetto passivo è, da un lato, esposto a maggiori pericoli di aggressione, di fronte ai quali la sua autodifesa è menomata; al contempo, egli è violato nella sfera più intima e delicata della persona: si misurerebbe qui quella soggezione psicologica che pone il soggetto in condizione di forte sudditanza rispetto a chi agisce³³. In direzione contraria non va però dimenticato che l'intrusione attuata col prelievo salivare è davvero di minima entità.

2.4. Conclusione

La individuazione della linea di confine dell'invasività sembra essere determinante anche per leggere la disciplina odierna.

Come detto, soltanto gli accertamenti invasivi, in quanto lesivi della libertà corporale, richiederebbero una attuazione estremamente determinata e tassativa della riserva di legge. Gli altri accertamenti sulla persona, invece, potrebbero essere compiuti regolarmente, secondo le regole tradizionali: ispezione e perquisizione del pubblico ministero per i rilievi che incidono sulla libertà personale non corporale; accertamento tecnico della polizia giudiziaria per i rilievi segnaletici.

Ora, la dizione di «materiale biologico» adottata dal legislatore nell'art. 354 c.p.p. è piuttosto generica. Al livello d'una interpretazione letterale, la norma si presta a consentire ogni tipo di prelievo, a prescindere dalla sua invasività.

Ma l'esegesi testuale va senz'altro corretta, altrimenti la norma sarebbe costituzionalmente censurabile. Infatti, il legislatore consente il prelievo di materiale biologico senza però impegnarsi in una definizio-

³³ Alla luce di quanto detto dovrebbero, ad esempio, essere considerate invasive anche operazioni come l'apertura coattiva della mandibola per estrarvi oggetti, un'osservazione con una sonda della ferita aperta, uno striscio vaginale. Persino l'asportazione di un lembo di epidermide è da giudicare azione intrusiva: anche qui infatti si registra quel superamento della soglia fisica esteriore che costituisce il *discrimen* tra libertà personale e corporale.

ne adeguata dei «modi» e dei «casi» in cui ciò sia possibile³⁴. Pertanto, chi ammettesse l'esperibilità di prelievi invasivi dovrebbe riconoscere che la libertà corporale sarebbe intrusa con violazione del principio di legalità. E la conclusione sembra ancor più incongrua considerando che simili prelievi sarebbero esperibili su qualsiasi persona; non solo sull'indagato (che è invece il destinatario esclusivo dei prelievi a fini identificativi dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.), ma, appunto, anche sui terzi. La limitazione della libertà corporale dei soggetti non indagati sembra imporre che il legislatore indichi ancor più precisamente i limiti entro cui è consentita la compressione della libertà in funzione delle esigenze della giustizia penale.

È allora giocoforza ritenere che gli accertamenti invasivi siano tuttora vietati: l'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. e l'art. 354 comma 3 c.p.p. vanno cioè interpretati in conformità all'insegnamento della Corte costituzionale del 1996.

In questo quadro, il prelievo salivare, espressamente menzionato dal legislatore nell'art. 349 c.p.p., solleva un delicato interrogativo: a volerlo ritenere un accertamento invasivo, si dovrebbe concludere per l'incostituzionalità della previsione ed invocare un pronto intervento della Consulta.

Chi, invece, volesse difendere la norma potrebbe far leva proprio sulla previsione dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. Il fatto che quello pilifero e quello salivare siano le uniche due forme di prelievo espressamente indicate da questa norma potrebbe essere interpretato come il segno della volontà del legislatore di qualificarli come non invasivi. In altri termini, questa esegesi partirebbe dall'idea che il legislatore non volesse consentire alcuna operazione invasiva, come sarebbe confermato dal mancato impegno sul fronte della determinazione dei «casi» e dei «modi» in cui effettuare il prelievo. Il legislatore avrebbe solo voluto precisare il novero degli accertamenti non invasivi, puntualizzando che la raccolta di saliva e capelli non lede la libertà personale/corporale.

Ma questa lettura, pur suggestiva, finisce solo per aggirare il problema. Il punto resta sempre lo stesso: se il prelievo salivare leda la libertà corporale. Se così fosse, a poco varrebbe tentare di interpretare le intenzioni del legislatore.

Semmai, va detto che se il legislatore volesse introdurre nel futuro

³⁴ A. SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, in *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, a cura di Rosi e Scopelliti, Milano, 2006, p. 95.

ipotesi di accertamento coattivo dovrebbe curarsi di indicare con precisione i «casi» in cui ciò fosse consentito. E la maggiore analiticità richiesta al legislatore dalla Corte costituzionale in materia di libertà corporale sembra vada declinata nel senso che non possa bastare una clausola generale a giustificare i casi di restrizione³⁵. Ad esempio, molte delle proposte di legge sin qui presentate suggerivano di collegare il potere di compiere i prelievi invasivi ad una certa gravità del reato per cui si indaga. Soprattutto – ma su questo si tornerà – sarebbe opportuno prevedere che si procedesse al prelievo solo quando fosse strettamente necessario, introducendo un requisito di «indispensabilità» dell'operazione ai fini del processo (similmente a quanto avviene oggi per le intercettazioni).

3. Gli accertamenti coattivi tra *jus conditum* e *jus condendum*

Poche indicazioni sono dettate dalla legge per l'effettuazione delle operazioni d'accertamento coattivo, a partire dall'atto con cui l'operazione è adottata.

Il codice si limita ad affermare che, quando manca il consenso dell'interessato, la polizia procede «previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero».

3.1. La polizia giudiziaria, dominus del prelievo, e la forma del provvedimento

Come si accennava all'inizio, sorprende l'attribuzione alla polizia dell'iniziativa³⁶, soprattutto perché nel comma 3 dell'art. 354 c.p.p.

³⁵ Come invece avviene per perquisizioni ed ispezioni; v. *retro*, nota 5.

³⁶ Sotto questo profilo, la disciplina italiana pare in linea con quella francese, nella quale è la polizia a decidere se procedere all'ispezione e se effettuare il prelievo biologico. Si deve tuttavia tener conto del fatto che, in Francia, il prelievo è possibile solo con il consenso dell'interessato. Nell'unico caso consentito di prelievo coattivo, quello effettuato su persona già condannata per un reato punito con pena superiore a 10 anni di detenzione, la legge francese prevede invece l'intervento scritto («*réquisitions écrites*») del Procuratore della Repubblica (così, l'art. 706-57 Code de procédure pénal). Anche in Inghilterra è la polizia l'organo che ha il potere di assumere l'iniziativa, ma deve trattarsi di soggetto che abbia almeno il grado di *inspector*, non potendo la raccolta del campione o la ricerca "intima" essere deliberata da un semplice agente (*constable*): così la sezione 55 (1) e le sezioni 62 (1) e (1A) del *Police and Cri-*

permane il divieto per l'organo di procedere ad ispezione personale³⁷. Certo, dal 1992, per il 2001, il ruolo della polizia nelle indagini è lievitato. Ma, in questo caso, anche il legislatore si è accorto della eccentricità della scelta della polizia in un campo che incide sulla libertà personale (corporale, addirittura); tanto che si è visto costretto a prevedere un interpello da parte della polizia al pubblico ministero, per consentire all'autorità giudiziaria di «autorizzare» preventivamente l'atto. Correttamente, l'autorizzazione deve essere scritta. Si consente, peraltro, che sia data oralmente e, poi, confermata per iscritto; eventualità che sembra mostrare troppa accondiscendenza per le esigenze di efficienza; in fondo, è più giusta l'indicazione che vale per la perquisizione personale, in cui si deve mostrare il decreto all'atto del compimento dell'operazione, ma non si può ignorare che un simile adempimento non è previsto nemmeno in sede di ispezione personale³⁸, ciò che esclude in radice ogni tentativo di correzione analogica.

Sin troppo evidente si staglia poi il *vulnus* dato dalla mancanza di un obbligo di motivazione. Il contrasto con il dettato costituzionale qui è tanto palese da non meritare commento; ed il rimedio non può essere altro se non quello di applicare direttamente la Costituzione, esigendo per questa via che l'autorizzazione giustifichi il perché dell'accertamento.

La motivazione è essenziale non solo sul piano d'un ossequio formale alla Costituzione; in essa il magistrato dà conto delle ragioni che lo hanno indotto ad ammettere l'intrusione nella libertà; vale per le persone indagate e, a maggior ragione, per i non indagati, a giustificare che la restrizione sia avvenuta per scopi legittimi; anche se non si

minal evidence Act 1984. Ma pure in questo caso si tratta di scelta non sorprendente e giustificata: da un lato, perché nell'ordinamento inglese è tradizionalmente la polizia ad essere incaricata delle indagini, dall'altro, perché non è comunque consentito procedere ad accertamenti/prelievi corporali senza il consenso della persona su cui l'operazione debba essere compiuta.

³⁷ A. SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, cit., p. 94-5: «il prelievo coattivo al quale allude l'art. 354 comma 3 c.p.p. è lecito, innanzitutto, quando l'attività tecnica non richiede il tramite di un'ispezione personale – appunto preclusa alla polizia – e, cioè, di quell'indagine diretta ad osservare “corpi umani vivi”, salvo l'asporto di capelli o di saliva quale duplice possibilità già introdotta in deroga dal legislatore (art. 349 comma 2-bis c.p.p.), la quale potrebbe essere preceduta da un inevitabile quanto breve percorso ispettivo».

³⁸ In proposito, avanza perplessità di legittimità costituzionale, C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279 s.

potrà confidare troppo nel valore della spiegazione, giacché la carente indicazione dei “casi” finisce per lasciare la scelta dell'azione coercitiva nelle mani della massima discrezionalità dell'inquirente, disancorata da parametri precisi.

Infine, proseguendo nel sentiero ricostruttivo, non sembra improprio che la forma del provvedimento sia quella del decreto motivato, come per le ispezioni e le perquisizioni personali.

Proprio dal raffronto con le ispezioni e perquisizioni emerge l'assenza della previsione di una «facoltà di farsi assistere da persone di fiducia»; dimenticanza singolare, considerando che siamo in presenza di un'indagine particolarmente delicata. Anzi, sotto questo aspetto potrebbe essere opportuno, *de iure condendo*, prevedere l'obbligatorietà di un testimone *ad actum*: quando si penetra nella sfera più intima della persona, la presenza come osservatore di un soggetto di fiducia sembra, ad un tempo, ridurre i rischi di abusi e assicurare maggiore serenità al soggetto sottoposto al prelievo³⁹.

Nell'ottica di un prossimo intervento legislativo, tuttavia, il suggerimento principale è quello di affidare la competenza sul prelievo al giudice. Non si tratta solo di opportunità. Se si condivide la prospettiva qui adottata, per cui l'aggressione alla libertà corporale pone il soggetto passivo in uno stato di forte sudditanza nei confronti dell'autorità procedente, si intuisce facilmente come sia necessario, per compensare questa situazione, che a procedere sia un soggetto terzo ed imparziale, e non una parte (come sarebbe nel caso in cui il potere fosse affidato al pubblico ministero).

3.2. La perdurante assenza dei “casi” di esperibilità del prelievo/accertamento ...

Il dato più sconcertante resta comunque l'assenza di qualsiasi indicazione dei «casi» e dei «modi» in cui procedere agli accertamenti corporali, evidente strappo al principio della riserva di legge e all'autorità della Corte costituzionale.

Già s'è accennato ai profili che la normativa avrebbe dovuto af-

³⁹ Ci si può forse avvicinare a questo risultato già nell'odierno quadro normativo, col ricorso all'analogia; ma l'ortopedia non potrebbe spingersi sino a configurare un'ipotesi di invalidità per la violazione: ciò comporterebbe, infatti, aggiungere un requisito alla fattispecie, in violazione del principio di tassatività dell'invalidità.

frontare per attuare con la dovuta precisione la riserva di legge nell'ambito della libertà corporale, attribuendo al giudice (salvo eccezioni) la signoria sull'operazione, provvedendo ad indicare le precise tipologie di reato per cui il prelievo/accertamento sia possibile, imponendo un ricorso alla coercizione solo quando sia strettamente indispensabile per il buon esito dell'indagine.

In particolare, già molti dei progetti di legge delle passate legislature prevedevano il requisito dell'indispensabilità⁴⁰. Sotto questo profilo ci si deve comunque domandare se, secondo la nuova disciplina, il ricorso a tecniche di prelievo di materiale biologico dalla persona possa essere compiuto in ogni occasione in cui lo si reputi necessario, ovvero solo se non siano possibili modalità alternative per raccogliere le informazioni ricercate, secondo la logica del "minor sacrificio" della libertà personale/corporale. Nonostante l'assenza di indicazioni testuali nelle norme appena introdotte, in dottrina si è concluso che un simile vincolo sussista comunque implicitamente, sulla base di un criterio di proporzionalità⁴¹. Soluzione pregevole negli intenti; resta però sguarnito il fronte dei rimedi: nulla sanziona l'eventualità d'un ricorso al prelievo da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, anche ove non strettamente necessario⁴².

Forse è possibile recuperare qualcosa di quell'indispensabilità tramite il requisito d'una motivazione rigorosa che adduca chiaramente le ragioni che giustificano l'intrusione della libertà personale, col vantaggio di poter sanzionare la spiegazione assente o claudicante. Ma, lo si anticipava, si tratta d'un palliativo, che non può risolvere il problema

⁴⁰ Secondo M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., p. 2154, la giurisprudenza costante già lo richiede.

⁴¹ È così per SCALFATI, *Le modifiche al sistema processuale*, cit., p. 98, secondo cui le intrusioni corporali debbono assumere «carattere residuale, nel senso che ad essi si può ricorrere solo quando "rilievi" di altro tipo non siano sufficienti a fissare i segni identificativi dell'individuo»; in fondo, «l'approvvigionamento di materiale biologico della persona implica intrusioni corporali le quali – pur se minime – determinano una maggior lesività rispetto a semplici rilievi esterni».

⁴² Sembra tutt'altro che agevole riuscire a far operare la sanzione dell'inutilizzabilità, per la difficoltà di costruire un divieto implicito in una materia in cui l'autorità inquirente ha senz'altro il potere di compiere l'operazione. Non più feconda pare la strada di una nullità per violazione dei diritti della difesa: intanto, la protezione potrebbe operare solo quando il prelievo/accertamento corporale sia compiuto sull'indagato, non anche sui terzi; soprattutto, non si direbbe che sia ortodosso, rispetto al canone di tassatività delle nullità, applicare la sanzione di nullità ad un requisito assolutamente implicito, mai evocato dalle parole della legge.

alla radice, cioè stornare completamente il rischio che si faccia ricorso all'intrusione corporale anche fuori dal canone dell'*extrema ratio*.

Sempre nell'ottica d'una normazione costituzionalmente rigorosa, sarebbe stato tutt'altro che inopportuno istituire un raccordo tra l'invasione della sfera corporale e la serietà del reato, prevedendo che la menomazione della libertà potesse avvenire solo per l'accertamento di illeciti di una certa gravità, selezionati per tipologia o con riferimento ad un certo livello di pena edittale⁴³. È questa una costante nelle legislazioni degli altri paesi⁴⁴ ed è in fondo la diretta applicazione di quella proporzionalità nella limitazione della libertà corporale che sembra cruciale nella materia in esame⁴⁵.

⁴³ Per la proposta di selezionare i reati in base alla gravità, D. SCHELLINO, *op. cit.*, p. 175 e ID., *Commento all'art. 224*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, 3° Agg., Torino, 1998, p. 123. Si mostra, invece, contrario, G.P. DOLSO, *op. cit.*, p. 3226.

⁴⁴ In Francia, per esempio, l'art. 706-55 prevede che le indagini genetiche (che sono poi raccolte nella banca dati nazionali sulle impronte genetiche) possano essere effettuate solo per i reati ivi espressamente indicati, secondo un criterio qualitativo. La lista, abbastanza corposa, comprende delitti di natura sessuale, crimini contro l'umanità, crimini volontari contro la vita delle persone, tortura e atti di barbarie, atti di violenza volontari, minaccia, traffico di stupefacenti, tratta d'esseri umani, prossenetismo, truffa, estorsione, e altri ancora. In Inghilterra il prelievo di materiale biologico intimo (*intimate samples*), inizialmente consentito solo in indagini per «serious arrestable offences», è ora (dal 1994) stato esteso a tutti i casi in cui la polizia sospetti che la persona sia coinvolta «in a recordable offence», cioè in un reato per cui sia prevista la registrazione nel Computer nazionale della polizia (catalogo che comprende, oltre ai crimini punibili con la pena detentiva, una serie ulteriore di reati). In Olanda, stando alle informazioni fornite da H.J.T. ASSEN, *The DNA database in the Netherlands*, in *New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, II, Antwerpen, 2000, p. 367, i prelievi coattivi erano consentiti solo nelle indagini contro crimini puniti con la pena di otto anni di reclusione o più; dal 2000, invece, la soglia è stata abbassata a reati puniti con almeno quattro anni di pena detentiva (la stessa limitazione prevista per l'applicazione della custodia cautelare). Accade diversamente, secondo quanto riferisce D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti peritali coattivi*, cit., p. 175 e ID., *Commento all'art. 224*, cit., p. 124, in Germania: qui la legge non collega il prelievo/accertamento invasivo a precise categorie di reato e sono stati, invece, gli interpreti – sulla base del principio di proporzionalità – a concludere che «siffatte misure coercitive possano essere disposte solo in rapporto ad imputazioni per reati gravi e di rilevante significato antiggiuridico».

⁴⁵ Non si può tuttavia omettere di ricordare l'opposta indicazione che, su questo punto, sembra provenire (almeno quanto all'indagine genetica) da un importante documento internazionale, la Raccomandazione del 10 febbraio 1992 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, R(92)1, ove si suggerisce che il ricorso all'analisi del DNA dovrebbe essere consentito «in all appropriate cases, independent of the degree of the seriousness of the offence». Sembra però opportuno mettere in luce che la rac-

3.3. ... e dei "modi"

Anche sul piano delle modalità esecutive del prelievo, le indicazioni codicistiche sono troppo scarse per essere considerate sufficienti: in pratica, l'unica indicazione utile è costituita dal generico obbligo di «rispetto della dignità personale del soggetto».

Qualche correttivo interpretativo può essere avanzato. Trattandosi di «accertamento», sembra corretto dire che colui che compia materialmente il prelievo debba essere un soggetto dotato dell'adeguata perizia: quantomeno un ufficiale appartenente ai servizi scientifici della polizia e, solo nei casi dell'art. 113 disp. att. c.p.p. (di «particolare necessità e urgenza»), un agente.

Sorprende, però, che non si sia stabilito di far eseguire l'operazione da un medico qualificato, come accade in molti paesi europei⁴⁶. Opportuna, in effetti, sarebbe stata almeno la previsione che a procedere all'accertamento coattivo fosse il personale sanitario dell'ASL: un emendamento di questo tipo si è arenato in sede di lavori parlamentari alla legge di conversione per via del parere contrario della 5^a Commissione. Non è questa una circostanza che debba necessariamente precludere la possibilità di un'applicazione analogica degli artt. 245 comma 3 e 79 disp. att. c.p.p., che già consentono in materia di ispezione personale l'intervento di un medico; ciò ripristinerebbe un minimo di ragionevolezza della disciplina. Ma anche a ritenere possibile l'applicazione analogica, resta il fatto che un conto è consentire l'intervento di un sanitario, altro conto è imporlo, predisponendo sanzioni processuali per la violazione dell'obbligo.

Affidare l'operazione ad un medico sembra davvero un requisito

comandazione si riferisce esclusivamente alla ammissibilità della prova genetica in sé, consigliando agli ordinamenti nazionali di permetterne la più ampia adozione, ma è muta quanto alla possibilità di incidere sulla libertà personale/corporale dell'individuo, e non si tratta di profili che siano inscindibilmente collegati: la verifica genetica potrebbe essere esperita anche su tracce organiche raccolte senza coazione dall'imputato.

⁴⁶ In Inghilterra, per esempio, le ricerche intime sono effettuate «by a suitably qualified person», a meno che l'operatore di polizia (che abbia almeno il grado di *inspector*) non ritenga che ciò sia «not practicable» (sezione 55 (5) *Police and Criminal Evidence Act 1984*); eccezione che però non può mai applicarsi alle ricerche intime concernenti sostanze stupefacenti (sezione 55 (4)). Quando poi si tratti di prelievi, la sezione 62 (9A) del *Police and Criminal Evidence Act 1984* esige che a procedere sia sempre «(a) a registered medical practitioner; or (b) a registered health care professional» (e, qualora si tratti di raccogliere l'impronta dentale, un dentista registrato, sezione 62 (9)).

minimo per evitare che la limitazione della libertà corporale avvenga senza apprezzare l'importanza del bene aggredito. Ciò non toglie – lo vedremo a breve⁴⁷ – che sia opportuno che si tratti di personale sanitario che ha competenze specifiche nella raccolta del campione, per garantire la migliore riuscita dell'operazione in funzione del buon esito della successiva analisi.

3.4. Una opzione non sondata: sanzionare il rifiuto di sottoporsi ad accertamenti coattivi.

Come si è detto, la conclusione cui sembra di dover approdare è quella che gli accertamenti invasivi siano tuttora preclusi nel nostro ordinamento processuale penale. Tuttavia, sempre nell'ottica futura di aprire il varco a simili indagini, sarebbe il caso di riflettere sull'opportunità di consentire sempre l'esecuzione coattiva, oppure di lasciare al soggetto su cui si vogliono compiere i rilievi il diritto di rifiutare l'esecuzione dell'operazione, salvo attribuire valore probatorio al rifiuto (come avviene nel Regno Unito)⁴⁸, oppure sanzionarlo penalmente (come accade nella disciplina del codice della strada).

La prima alternativa, quella di consentire al giudice di trarre un'inferenza negativa sul piano probatorio dal rifiuto di sottoporsi al prelievo/accertamento, può ovviamente funzionare solo se ad esimersi sia l'indagato, non invece se la sottrazione sia quella del terzo soggetto ad accertamento⁴⁹. Di contro, la sanzione penale del rifiuto potrebbe essere sufficientemente dissuasiva per il terzo, meno per l'indagato,

⁴⁷ *Infra*, § 4.1.

⁴⁸ Per la sezione 62 (10) (b) del *Police and Criminal Evidence Act 1984*, qualora la persona si sia rifiutata senza giusta causa di sottomettersi ad un prelievo biologico «the court or jury, in determining whether that person is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the refusal as appear proper».

⁴⁹ Come osserva C. CESARI, «Prova del DNA» e contraddittorio mancato, in *Giur. It.*, 2003, p. 538; egualmente D. SCHELLINO, *op. cit.*, 176; ID., *Commento all'art. 224*, p. 125. Esprime contrarietà per questa soluzione, G.P. DOLSO, *op. cit.*, p. 3223 e 3226. V. anche le perplessità di P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale*, cit., p. 503 (si «lascia al giudice una discrezionalità valutativa rispetto ad un comportamento processuale dell'imputato che non è sempre e necessariamente indicativo di responsabilità»), nonché le obiezioni di M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico*, cit., 2154, a parere del quale il principio adottato in sede civile non è esportabile nel processo penale, dove le ispezioni personali non hanno valore meramente obbligatorio, ma coercitivo.

specie quando questi fosse coinvolto in un'indagine per reati molto gravi⁵⁰.

Queste osservazioni inducono a concludere che, qualora si volesse prescegliere la via della coercizione indiretta, la prospettiva più ragionevole sia quella di cumulare i due rimedi: prevedere, cioè, una sanzione penale per qualunque soggetto che si rifiuti (o, almeno, per chi si rifiuti senza giustificate ragioni specificate dalla legge) di sottoporsi ai prelievi/accertamenti corporali previsti dalla legge, con l'ulteriore pericolo, per il solo indagato, che il diniego possa nuocergli anche nel procedimento in corso⁵¹. Una simile disciplina avrebbe reale efficacia dissuasiva contro i tentativi di schivare l'operazione d'indagine. Di contro, essa non sembra irragionevolmente penalizzante: da un lato, è ormai acclarato che la previsione di una sanzione penale a presidio di un obbligo di *facere* non comporta una indebita restrizione della libertà personale⁵²; dall'altro, non pare incongruo che il rifiuto dell'imputato sia esposto ad una duplice conseguenza "sanzionatoria", proprio perché maggiore è potenzialmente il vantaggio che questi potrebbe ottenere col rifiutarsi di soggiacere al prelievo/accertamento.

Sarebbe questo un modo per esaltare l'intangibilità della sfera corporale: escludere il ricorso alla coazione, senza il consenso dell'interessato, ed articolare un sistema di contromisure che disincentivino il rifiuto di collaborare con l'autorità giudiziaria.

4. Le delicate (ed ignorate) fasi dell'esecuzione dell'indagine scientifica e le prospettive future

Nella sua frettolosa novella, il legislatore anti-terrorismo si occupa esclusivamente dei rilievi sul corpo della persona e del prelievo di campioni biologici, senza minimamente curarsi dei passaggi successivi; dell'uso e della sorte dei dati ottenuti, in particolare; ma anche, nel

⁵⁰ D. SCHELLINO, *Commento all'art. 224*, cit., p. 125. Ritiene che questa soluzione sia difficilmente praticabile P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale*, cit., p. 503: «si configurerebbe, infatti, un accertamento "obbligatorio" che sul piano del processo penale, con riguardo alla formazione della prova, difficilmente può trovare una giustificazione teorica».

⁵¹ Spunti in questo senso in G. ROMEO, *op. cit.*, p. 287.

⁵² V. Corte cost. 194/1996, che – seppur con una motivazione tortuosa e sfuggente – ha riconosciuto la legittimità della sanzione penale a presidio del prelievo obbligatorio previsto dal Codice della strada.

caso dei prelievi, della repertazione e conservazione del campione, dell'accertamento volto ad estrarre le informazioni utili dal materiale raccolto.

La miopia legislativa tocca qui apici sconcertanti. Basti ricordare che l'attendibilità del test sul Dna, cui il legislatore sembra pensare quando parla di prelievi salivari e piliferi, lungi dall'essere una costante, è invece il prodotto d'una operazione d'accertamento da condurre con massima cautela. Essa richiede laboratori specializzati, dotati delle attrezzature adeguate, personale competente e qualificato⁵³. Non meno importante è il ricorso alle metodiche e ai protocolli scientificamente più testati ed affidabili. In assenza di queste condizioni, il risultato dell'esame del Dna aumenta il proprio margine d'opinabilità, sino a perdere gran parte del proprio valore⁵⁴. In definitiva, l'indagine sul Dna è in astratto capace di sortire risultati prossimi alla certezza, ma l'applicazione concreta può di molto ridurre il grado di verità del suo esito. È questo un discorso che, ovviamente, non vale solo per l'indagine volta ad estrarre il profilo del DNA dal campione organico raccolto, ha una portata più generale. Nella maggior parte degli accertamenti scientifici determinante è la correttezza delle operazioni di rac-

⁵³ Questo aspetto è messo particolarmente in risalto dalla Raccomandazione R(92)1, cit., il cui punto 6 stabilisce che l'analisi del Dna «should only be preformed by laboratories possessing the appropriate facilities and experience», ed in particolare dotati di «high professional knowledge and skill, coupled with appropriate quality and control procedures», «scientific integrity», «adequate security of the installations and of the substances under investigation», «adequate safeguards to ensure absolute confidentiality in respect of the identification of the person to whom the result of the Dna analysis relates».

⁵⁴ Sebbene le difficoltà ed i margini di errore del test si siano con gli anni ridotti, grazie al progressivo affinamento delle tecnologie, la dottrina specialistica non cessa di mettere in guardia dal pericolo di abbandonarsi ad un cieco fideismo nei confronti dei risultati del test genetico, i cui risultati invece dovrebbero sempre essere oggetto di un attento vaglio di accuratezza: v., con accenti proporzionalmente crescenti, A. FIORI, *I polimorfismi del DNA, nuove frontiere e problemi del laboratorio medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1988, p. 402 ss.; V.L. PASCALI-E. D'ALOJA, *L'identificazione in biologia forense a sei anni dall'introduzione dei profili polimorfi del DNA tra imprevisti problemi e concetti emergenti*, *ivi*, 1991, p. 754 ss.; C. SCORRETTI-P. CORTIVO-C. CRESTANI-G. CAMPOLIETI-L. CAENAZZO-G. BONAN, *I problemi sorti nei primi anni di applicazione del DNA profiling in ambito medico legale*, *ivi*, 1991, p. 799 ss.; A. GARGANI, *I rischi e le possibilità dell'applicazione dell'analisi del DNA nel settore giudiziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1313 ss.; C. SCLAVI, *DNA-test come «scientific evidence»: poteri del giudice e validità della prova. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 465.

colta e conservazione dei campioni da analizzare, fondamentale il rispetto delle metodologie accreditate in sede scientifica.

4.1. *Repertazione, conservazione del campione ed esecuzione dell'indagine scientifica*

Come si diceva, già sin dalle prime battute si gioca la buona riuscita d'un test scientifico su un campione biologico e, specialmente, di uno genetico. Lungi dall'essere una operazione materiale di pressoché nulla importanza, quella di raccolta del campione è invece un'attività delicatissima che, oltre ad invadere la sfera corporale, determina l'esito dell'indagine successiva. Basti solo pensare al problema della esatta quantità di materiale biologico che sia necessario prelevare; oppure alle modalità con cui sia necessario effettuare il prelievo per assicurare l'idoneità del tessuto raccolto a fornire le informazioni ricercate, evitando inquinamenti e diluizioni della traccia organica⁵⁵.

Quanto appena detto vale poi, *a fortiori*, per la fase di conservazione del materiale biologico, se possibile ancor più influente della precedente sull'esito positivo dell'accertamento⁵⁶: c'è infatti il pericolo che una negligente conservazione sia deleteria al campione e alla possibilità di estrarne informazioni attendibili⁵⁷.

In virtù di queste osservazioni sarebbe stato appropriato seguire la linea suggerita dalla dottrina, che proponeva di affidare quest'operazione a personale qualificato, con adeguate esperienze di laboratorio⁵⁸.

⁵⁵ Si vedano alcune indicazioni tecniche per il compimento di quest'operazione in V. DI LEMBO, *Tecniche e metodiche di identificazione del DNA: rilievi giurisprudenziali e medico-legali*, in *Foro ambrosiano*, 2005, p. 485 ss.

⁵⁶ Un aspetto che era stato chiaramente messo in luce da R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche*, cit., p. 419, quando ricordava che «già l'attività di raccolta e conservazione della traccia organica presuppone un minimo di conoscenza specialistica», «la conservazione della traccia organica è attività cruciale e delicatissima che dovrebbe essere affidata allo (o dovrebbe quantomeno essere svolta sotto la direzione dello) stesso soggetto che provvederà poi ad estrarre il campione di DNA».

⁵⁷ Come ricordava R. ORLANDI, *Il problema*, cit., p. 419, «è necessario assicurare la conservazione, soprattutto evitando la formazione di muffe o microrganismi». In particolare, i reperti «devono essere custoditi in appositi ambienti, per evitare i processi degenerativi cui i materiali biologici vanno incontro» (V. DI LEMBO, *Tecniche e metodiche di identificazione*, cit., p. 489).

⁵⁸ Secondo l'opportuno suggerimento di R. ORLANDI, *Il problema*, cit., 419 s., a parere del quale «solo chi ha maturato esperienze di laboratorio è in grado di predi-

Anzi, sviluppando il ragionamento a fondo, meglio ancora sarebbe stato mettersi nella scia delle proposte legislative avanzate in questi anni, prevedendo che raccolta e conservazione dei campioni fossero espletate nell'ambito d'un accertamento peritale, consentendo solo per i casi di assoluta urgenza il ricorso alla disciplina degli accertamenti irripetibili.

Il discorso vale *a fortiori* quando l'operazione effettuata sul corpo delle persone non sia finalizzata alla raccolta di materiale biologico, ma costituisca essa medesima un rilievo scientifico (si pensi, ad esempio, ad un'indagine radiologica): qui l'opportunità di ricorrere ad una perizia, eventualmente in sede di incidente probatorio, si intuisce istintivamente. E, come si vedrà, questa conclusione si rafforza ulteriormente tenendo conto della delicatezza degli interventi sulla persona⁵⁹.

Quanto poi all'effettuazione dell'indagine sul campione biologico, pare davvero scontato che, *de iure condendo*, debba essere quantomeno eseguita con le regole della perizia. Con riferimento all'indagine genetica, qualcuno in dottrina aveva addirittura suggerito l'opportunità di delineare una disciplina peritale *ad hoc*: poiché questo tipo d'accertamento esige, come si diceva, competenze specifiche e, soprattutto, l'uso di laboratori specializzati ed affidabili, si constatava in proposito che «le garanzie formali previste dal nuovo codice di procedura penale riguardo la scelta dei periti e dei consulenti tecnici del pm. (art. 221 c.p.p., artt. 67 e 73 n. att.) non possono essere ritenute soddisfacenti»⁶⁰: le regole vigenti sarebbero carenti soprattutto sul piano dell'accreditamento dei laboratori e della scelta del personale specialistico necessario.

In conclusione, vale la pena di notare che l'effettuazione di una perizia che includa tutti i momenti dell'operazione scientifica sul corpo della persona (dalla repertazione e conservazione, all'indagine sul campione biologico, all'accertamento eseguito direttamente sulla persona) consentirebbe di saldare le esigenze di affidabilità dell'accertamen-

sporre l'opera di recupero e conservazione della traccia organica, così da garantire che l'indagine genetica approdi ad esiti attendibili». Lo stesso A. aveva cura di precisare che sarebbe altresì auspicabile che l'esperto non fosse agli ordini della polizia. Per A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1325, in fondo, il nostro ordinamento già prevede in determinati casi la valorizzazione di laboratori specializzati in alcuni campi, ed il riferimento è in particolare all'art. 49 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

⁵⁹ V. *infra*, § 4.2.

⁶⁰ D. DOMENICI, *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, X, 1995, p. 382.

to con l'opportunità di assicurare che sia il giudice a disporre e sovrintendere alle attività che incidono sulla parte più intima dell'individuo.

Desolante, invece, constatare come, di tutti questi aspetti, la nuova normativa si disinteressi completamente.

4.2. *Valore probatorio in dibattimento delle informazioni raccolte*

In un provvedimento normativo che solleva le tante perplessità evidenziate, finisce per non essere più sorprendente l'ultimo profilo critico: quello sul silenzio mantenuto sulla sorte delle informazioni estratte dai materiali repertati. Si dimostra appieno anche in questa omissione, davvero infelice, la tendenza del legislatore a sottovalutare le questioni processuali più delicate, trattandole in modo grossolano.

In linea di principio, comunque, data l'unilateralità della esecuzione, l'accertamento della polizia giudiziaria – sul corpo o sul campione biologico raccolto – non avrà valore probatorio, ma dovrà servire esclusivamente ai fini della determinazione sull'azione penale. Restano salvi solo i casi di irripetibilità sopravvenuta ed imprevedibile, per i quali è consentita l'acquisizione in dibattimento *ex art.* 512 c.p.p. dell'accertamento unilaterale, che peraltro sembrano piuttosto rari: infatti, da un lato, l'urgenza evocata dall'art. 354 c.p.p. non identifica necessariamente la condizione di irripetibilità del rilievo che giustifichi poi una successiva lettura in dibattimento ai sensi dell'art. 512 c.p.p.; dall'altro, e più radicalmente, non sembra si possano prospettare molte situazioni in cui l'intrusione nel corpo non potesse attendere altro tempo o si rivelasse, successivamente, non più eseguibile⁶¹.

Anche questa constatazione induce a ritenere che i tipi di prelievo consentito siano solo quelli non invasivi. Sarebbe paradossale ammettere una compressione della libertà corporale, che presidia la sfera più intima della persona, soltanto al fine delle determinazioni da assumere sull'esercizio dell'azione penale.

Anzi, proprio nell'ottica della considerazione appena svolta pare opportuno mettere in luce un punto, per il caso in cui si volessero introdurre rilievi coattivi invasivi nel nostro ordinamento. Sembra sia

⁶¹ Tra le rare evenienze di impossibilità sopravvenuta si può immaginare la morte inaspettata del terzo su cui si siano compiuti i rilievi corporali, o il cui campione biologico sia stato oggetto di accertamento.

adeguato qualificare l'accertamento/prelievo invasivo come operazione intrinsecamente irripetibile, che può essere compiuta una sola volta. Si intuisce facilmente la ragione: se si ammette un'invasione della libertà corporale a fini probatori, non la si può permettere più di una volta. Non pare ragionevole, cioè, che si debba procedere ad una seconda violazione dell'intimità della persona per raccogliere dati utilizzabili in sede dibattimentale per la sentenza di merito.

Insomma, se in futuro si volesse aprire la strada all'accertamento/prelievo invasivo in sede d'indagine si dovrebbe far ricorso alla disciplina prevista per la perizia assunta in incidente probatorio (con al più il temperamento, nei casi di concreto e imminente pericolo di irripetibilità, agli accertamenti tecnici irripetibili *ex art. 360 c.p.p.*). In questo modo si otterrebbero diversi vantaggi, oltre alla minima compressione arrecata alla libertà corporale: intanto, quando il sottoposto a prelievo sia l'indagato, consentire un tempestivo intervento difensivo; inoltre, salvaguardare l'assunzione dialettica della prova; soprattutto, garantire un'esecuzione delle operazioni effettuata da soggetti competenti e con modalità più attente della libertà personale e, al tempo stesso, più attendibili.

Una volta consentita la restrizione della libertà corporale sarebbe dunque opportuno che si raccogliessero informazioni utili alla decisione finale di merito⁶². Sembra sia proprio quel canone di proporzionalità, più volte evocato, ad esigere che il ricorso a tecniche che incidono sul corpo della persona sia consentito solo con l'obiettivo di raccogliere elementi che servano alla decisione del caso; sotto questo aspet-

⁶² Non si vuole, beninteso, patrocinare una versione aggiornata del "principio di non dispersione della prova"; si vuole solo suggerire l'opportunità di prevedere una disciplina che consenta un'anticipazione della raccolta della prova nel contraddittorio delle parti. Una regola implicita del sistema, che si evince facilmente dall'art. 111 Cost., suggerisce (se non impone) al legislatore di adottare tecniche di raccolta delle informazioni in contraddittorio tutte le volte in cui sia possibile e, al tempo stesso, di ridurre al minimo le forme di coercizione della libertà personale. Dunque, talora l'anticipazione del contraddittorio può rendersi necessaria, non tanto per prevenire la dispersione della prova, quanto per evitare di ledere in modo sproporzionato determinati interessi. È un ragionamento che trova già nel diritto vivente l'esempio dell'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza del minore vittima di delitti a matrice sessuale: per evitare danni alla psiche del minore dovuti alla reiterazione della testimonianza nel tempo si impiega l'incidente probatorio, così da ridurre il trauma che si consuma con il ricordo e la narrazione degli eventi. Al fondo, l'idea è che il sacrificio del principio di immediatezza, che si verifica con l'incidente probatorio, si giustifichi quando si debbano proteggere valori importanti della persona.

to, anzi, potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale di una disciplina che restringesse la libertà corporale a soli fini investigativi: il mezzo, cioè l'invasione della sfera intima dell'individuo, risulterebbe sproporzionato rispetto al fine.

4.3. *Sorte dei dati sensibili*

Anche quando non vengano usati per la soluzione dibattimentale del tema penale, resta il fatto che l'autorità ha raccolto notizie che concernono la sfera più intima dell'individuo. Si conferma sotto questo profilo quanto più opportuno sarebbe stato attribuire i poteri di accertamento coattivo al solo giudice, estromettendo sia pubblico ministero sia polizia giudiziaria: stiamo maneggiando dati sensibili; dovrebbe essere un'autorità garante ed imparziale a consentirne la raccolta.

Soprattutto, però, le informazioni intime ottenute con gli accertamenti coattivi pongono il problema d'una loro sorte più generale e sollevano precise domande: fino a quando saranno conservate e dove? Come saranno protette da indebite intrusioni? Chi sorveglierà questi dati? Sono questi solo alcuni dei temi più spinosi che andrebbero risolti da una normativa attenta e scrupolosa⁶³.

L'argomento è di capitale importanza, soprattutto quando si discu-

⁶³ E potrebbe non essere inopportuno spingersi sino a precisare cosa accada quando in un processo si utilizzino informazioni genetiche che avrebbero dovuto essere distrutte, questione che ha suscitato dibattito in Inghilterra, sebbene vi fosse una apposita norma nella legislazione statutaria. La sezione 64 (3AB) del *Police and Criminal evidence act 1984*, infatti, vieta l'uso come prova di impronte digitali, campioni biologici o dati che dovevano essere distrutti contro la persona che li ha resi; e la proibizione si estende sino ad impedire di avviare investigazioni sulla base di quegli elementi. Nonostante un divieto così perentorio, la giurisprudenza si è comunque domandata se l'*exclusionary rule* fosse automatica, oppure fosse soggetta alla discrezionalità giudiziale, nel senso che il giudice potesse comunque soppesare i valori in gioco e decidere se escludere o meno la prova. La questione è stata infine risolta da una decisione della House of Lords (*Attorney General's Reference no. 3 of 1999*, 23-24 ottobre 2000, in *Appeal cases*, 2001, 2, p. 91, con giudizio unanime dei Lords), che ha concluso nel senso dell'esistenza di un margine di discrezionalità giudiziale solo quanto alle prove derivate dal campione che andava soppresso: sicché, mentre il materiale biologico da distruggere non può mai in sé costituire una prova valida contro la persona da cui è stato raccolto, gli elementi probatori derivati da quel campione possono – ma non necessariamente devono – essere esclusi.

ta di dati genetici. Queste sono informazioni che possono essere estremamente utili nella lotta contro il crimine; ma sono anche assai pericolose, in quanto veicolo di notizie attinenti alla sfera più intima della persona. Non si obietti che le porzioni di Dna oggetto d'accertamento giudiziario dovrebbero essere quelle «non codificanti», ossia quelle parti «a funzionalità muta o quantomeno sconosciute»⁶⁴. A parte il fatto che, in mancanza di migliori indicazioni, resta sempre la possibilità che coloro che compiano l'operazione scientifica estraggano invece le informazioni codificanti della catena genetica⁶⁵, anche la parte non codificante del Dna costituisce comunque un cospicuo serbatoio di informazioni privatissime sulla persona⁶⁶.

Sotto questo aspetto della tutela dei dati personali va detto che il nostro ordinamento è colpevolmente in ritardo: poiché le indagini già permettono la raccolta e la conservazione dei profili genetici di molte persone, senza che il possesso di queste informazioni sia davvero regolamentato. Da diversi anni si discute dell'opportunità di istituire una banca dati del Dna, similmente a quanto accade in altri paesi (per esempio in Francia, Gran Bretagna, Olanda). Alcuni emendamenti volti all'istituzione di una simile banca dati erano stati presentati anche nel corso dei lavori preparatori della legge di conversione, ma sono naufragati nella discussione parlamentare.

Grave è comunque il silenzio che cala sulla sorte di queste informazioni. Ma, in fondo, è l'ultimo coerente tassello di una riforma emergenziale grossolana e frettolosa: con poche vere innovazioni, tante questioni controverse, piena di sentimenti regressivi.

⁶⁴ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1310. Per la distinzione tra porzioni codificanti e non del Dna v. R. DOMENICI, *Prova del DNA*, cit., p. 373.

⁶⁵ In dottrina, rileva il pericolo che, «in assenza di qualsiasi disciplina e di controlli», «si passi arbitrariamente dall'analisi di porzioni non codificanti del Dna all'esame del genoma nel suo complesso», A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1327.

⁶⁶ «Anche le cosiddette strutture non codificanti del DNA contengono informazioni di carattere personale o, quantomeno, informazioni dalle quali è possibile inferire alcunché, con riguardo alle condizioni fisiche o al patrimonio genetico del soggetto sottoposto a prelievo. Inoltre, i continui progressi della ricerca in questo campo lasciano presagire una sempre maggiore capacità dell'esperto di trarre da materiale genetico (codificante o non codificante) informazioni di carattere personale» (R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica*, cit., p. 762, nt. 7).

