

## **Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata.**

*Silvio Gambino e Angela Scerbo\**

**in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2009**

1. Qualche osservazione introduttiva a mo' di premessa – 2. Sicurezza, libertà e diritto penale: un diritto penale del nemico? – 3. Sicurezza e libertà. L'esperienza statunitense – 4. Recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte suprema statunitense in tema di sicurezza e libertà – 5. Sicurezza e libertà. L'esperienza canadese – 6. Sicurezza e libertà. L'esperienza tedesca – 7. Sicurezza e libertà. L'esperienza israeliana – 8. Considerazioni conclusive.

### *1. Qualche osservazione introduttiva a mo' di premessa.*

Con il trascorrere del tempo e l'emergere di problematiche connesse alla globalizzazione degli scambi economici e sociali, la dinamica dei rapporti fra libertà ed emergenza occupa uno spazio viepiù centrale negli studi di diritto costituzionale. A seguito dell'implosione del blocco sovietico e della fine della Guerra Fredda, che si sono accompagnati con una diffusa instabilità internazionale, una molteplicità di conflitti hanno attraversato (e attraversano tuttora) le più diverse regioni del pianeta. I fatti tragici di New York dell'11 settembre 2001 hanno complicato ulteriormente tale quadro, coinvolgendo le misure preventive e repressive del terrorismo l'intero assetto della democrazia contemporanea e interrogando il diritto costituzionale a livello mondiale circa la stessa necessità di una "Costituzione di emergenza", che – mutuando il titolo del noto saggio di Bruce Ackerman<sup>1</sup> – predisponga principi e regole idonei a «salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo».

In tale quadro, il classico dualismo tra autorità e libertà viene affiancato da emergenze particolarmente gravi che non concernono la sola effettività della libertà di manifestazione del pensiero, in una parola la garanzia del dissenso, principio basilare della stessa democrazia liberale. La gran parte degli ordinamenti occidentali tuttora non dispone ancora di normative adeguate ad affrontare le situazioni di emergenza, se si prescinde dalla dichiarazione dello "stato di guerra" previsto, sia pure con diversa intensità, nelle costituzioni contemporanee. Tale normativa viene prevista per fronteggiare i casi di eccezionalità, fermo restando che è opportuno distinguere il passaggio dalla stato di pace allo stato di guerra tenendo presente che possono verificarsi una serie molto variegata di fattispecie intermedie. In tale quadro, l'ipotesi del terrorismo, nella sua versione attuale, non pare fenomeno che si possa fronteggiare *manu militari*, in quanto esso implica l'azione dell'ordinamento, oltre che all'esterno, anche al suo interno. Tale fenomeno, allora, va affrontato con una precisa legislazione interna volta a prevenire la presenza e l'attività terroristica: in tal senso, la stessa Costituzione dovrebbe essere chiamata a legittimare misure adeguate per fronteggiare simili evenienze, operando i necessari bilanciamenti in favore sia delle libertà personali che della sicurezza, che costituisce – essa stessa – un'espressione di tali libertà. Ribadito che la Carta fondamentale è all'origine dell'assetto dell'ordinamento e che quest'ultimo deve constare di una essenziale stabilità, è la medesima Legge fondamentale degli Stati a dover disciplinare regimi giuridici previsti in anticipo, rispetto a quelli che vengono instaurati a seguito dell'emergenza. Nel primo caso, il rischio che la misura di emergenza degeneri è ridotto per la esplicita previsione costituzionale: in tal senso, si può dire che «più è seria e meditata la volontà di proteggere i valori caratterizzanti la Costituzione, più attenta dovrebbe rilevarsi la preoccupazione di predisposizione

---

\* I paragrafi 1 e 3 sono stati redatti da Silvio Gambino (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Facoltà di Scienze Politiche, Università della Calabria), i paragrafi 2, 6 e 7 da Angela Scerbo (Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università di Siena); i paragrafi 4, 5 e 8 sono frutto di comune elaborazione.

<sup>1</sup> *The Emergency Constitution*, in *The Yale L. J.*, 2004 (*La Costituzione di emergenza*, Roma, Meltemi, 2005, nella traduzione italiana).

preventiva di rimedi comportanti, ove ritenuto indispensabile, deroghe alla normalità assistite da idonee forme di controllo parlamentare e giurisdizionale»<sup>2</sup>.

Quanto ai regimi derogatori, essi pongono non pochi problemi di interpretazione; in quanto non previsti positivamente, gli stessi vengono giustificati sulla base del principio di conservazione, insito in ogni ordinamento. La loro problematicità è relativa alla discrezionalità normativa impiegata per fronteggiare la sopravvenuta emergenza. A titolo esemplificativo, è possibile citare, in tale ottica, il caso della Corte suprema di Israele che, sulla base del rispetto del principio della dignità umana, nel settembre del 1999, ha dichiarato illegittime le forme di interrogatorio dei sospetti terroristi attuate con mezzi fisici di costrizione particolarmente brutali.

In merito, tuttavia, pare opportuno richiamare il diverso orientamento del giudice supremo israeliano e di quello statunitense con riguardo alla teoria della democrazia e all'applicabilità alla sua protezione della sconsolata analisi di Cicerone, secondo cui "*inter arma silent leges*". Per il Giudice e il Legislatore U.S.A. è accaduto effettivamente in tal modo, almeno fino alle più recenti pronunce sui reclusi di Guantanamo e alle novità espresse dalla elezione di Barak Obama alla Presidenza USA; non pare esserlo, al contrario, per l'ordinamento israeliano, come si dirà in seguito. Richiamiamo in questo senso alcuni passaggi argomentativi del supremo giudice israeliano, con riferimento ad una fattispecie di interrogatorio violento di un sospetto terrorista, che risultano quanto mai adeguati alla definizione dei pilastri della democrazia in tempo di guerra: come è bene sottolineato nella sua argomentazione – secondo Barak – «il terrorismo crea molta tensione tra le componenti essenziali della democrazia. Un pilastro della democrazia – il governo del popolo mediante i suoi rappresentanti eletti – può incoraggiare a compiere tutti i passi efficaci per combattere il terrorismo anche se sono lesivi dei diritti umani. L'altro pilastro della democrazia – i diritti umani – può incoraggiare a tutelare i diritti di ogni individuo, compresi i terroristi, anche a costo di indebolire la lotta contro il terrorismo. Affrontare questa tensione è compito principale del potere legislativo e di quello esecutivo, che devono rendere conto al popolo»<sup>3</sup>. Ma una vera responsabilità democratica non può essere soddisfatta con il solo giudizio del popolo: anche il potere legislativo deve giustificare le sue decisioni di fronte ai giudici che sono responsabili della protezione dei principi della democrazia: «Noi, quali giudici delle moderne democrazie, siamo responsabili di tutelare la democrazia sia dal terrorismo sia dai mezzi che lo Stato vuole usare per combatterlo. Naturalmente, la vita di tutti i giorni mette costantemente alla prova la capacità dei giudici di tutelare la democrazia, ma *i giudici affrontano la loro massima prova in situazioni di guerra e terrorismo*. È certamente vero che la tutela dei diritti umani è un dovere, naturalmente più arduo in periodi di guerra e di terrorismo che in periodi di pace e di sicurezza; – se non siamo all'altezza del nostro ruolo – in tempi di guerra e di terrorismo, non saremo all'altezza neppure in tempi di pace e di sicurezza. È un'utopia pensare che si possa mantenere una netta distinzione tra la protezione dei diritti umani in periodi di guerra e in periodo di pace. È un autoinganno ritenere che una sentenza sia valida soltanto durante il periodo di guerra e che le cose cambieranno in tempo di pace. La linea di demarcazione tra la guerra e la pace è sottile e, in ogni caso, è impossibile mantenere la distinzione sul lungo termine. Fin dalla sua fondazione, Israele ha dovuto affrontare minacce alla sua sicurezza. In questa situazione, quale giudice della Corte suprema, come dovrei intendere il mio ruolo rispetto alla protezione dei diritti umani? Devo prendere sul serio i diritti umani sia in tempo di guerra che di pace. Non devo cadere nell'errore di credere che, alla fine del conflitto, si potrà riportare indietro l'orologio»<sup>4</sup>. D'altra parte – come Barak sottolinea – «gli errori della magistratura, quando cessa la minaccia del terrorismo, restano con la democrazia e si radicano

<sup>2</sup> G. De Vergottini, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti occidentali*, in AA.VV. (A.I.C.), *Annuario 2003. Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee. Atti del XVIII Convegno Annuale Bari 17-18 ottobre 2003*, Padova, CEDAM, 2007.

<sup>3</sup> A. Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in *Judgements of the Israel Supreme Court; Fighting Terrorism within the Law*, Gerusalemme, Institute for Legislative Research and Comparative Law, 2005. Per un approfondimento di tale giurisprudenza, cfr. F. Stella, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

<sup>4</sup> A. Barak, *op. cit.*, 9-10.

nella giurisprudenza della Corte, come un magnete per lo sviluppo di nuove e problematiche leggi. Ciò non accade con un errore del potere legislativo o del potere esecutivo che può essere cancellato mediante apposite leggi e azioni e di solito venir dimenticato»<sup>5</sup>. Sovviene bene in questa argomentazione l'opinione dissenziente del giudice Jackson della Corte suprema statunitense nel caso *Korematsu v. U.S.*<sup>6</sup>, a proposito della discriminazione razziale nel processo penale e della deportazione di cittadini americani: «Un ordine militare, anche se incostituzionale, non è destinato a durare più a lungo dell'emergenza militare ... Ma una volta che una sentenza asserisca che tale ordine è conforme alla Costituzione o meglio razionalizzi la Costituzione per dimostrare che essa legittima l'ordine, la Corte rende valido per sempre il principio di discriminazione razziale nel processo penale e la deportazione di cittadini americani. Il principio enunciato dalla Corte resta in circolazione come un'arma carica, pronta ad essere impugnata da qualsiasi autorità che possa avanzare una richiesta plausibile di assoluta necessità ... Un comandante militare può, anche di fatto, oltrepassare i limiti posti dalla Costituzione; si tratta di un incidente. Ma se noi lo ratifichiamo e lo approviamo, questo incidente passeggero diventa la dottrina della Costituzione. Ha in sé un potere generativo e tutto ciò che crea sarà a sua immagine e somiglianza»<sup>7</sup>. La stessa indipendenza e imparzialità dei giudici ne risulterebbe coinvolta. «La democrazia – osserva ancora Barak – ci garantisce, come giudici, indipendenza e imparzialità. Il fatto di non essere tenuti a render conto delle nostre sentenze ci rende più forti contro le fluttuazioni dell'opinione pubblica. E la vera prova di questa indipendenza e imparzialità arriva in situazioni di guerra e di terrorismo. Proprio in questi momenti, noi giudici dobbiamo tenerci stretti a principi e valori fondamentali; dobbiamo abbracciare la nostra suprema responsabilità di tutelare la democrazia e la Costituzione»<sup>8</sup>.

Ritornando, sia pure in modo essenziale, alla riflessione sui regimi derogatori negli ordinamenti costituzionali contemporanei, è da osservare che molto spesso gli stessi non hanno incontrato il *favor* nel senso della loro formalizzazione, per via del timore – che invero ha un certo fondamento – che la sospensione delle garanzie costituzionali nasconda un ritorno ad un passato di carattere autoritario. In tal senso, negli ultimi anni, è venuta a mancare anche la formale dichiarazione di guerra, con l'unica eccezione costituita dal Presidente George Bush, il quale, tuttavia, non ha seguito le regole dell'apposita Convenzione del 1906, a causa dell'incertezza del destinatario, sulla base del fatto che si è parlato di guerra al terrorismo e non di guerra contro uno Stato. Accanto a quanto appena osservato, è il caso di citare altre esperienze che non hanno visto una dichiarazione di stato di emergenza, ma che hanno conosciuto restrizioni alla sfera dei diritti costituzionali, accanto a un crescente potere decisionale dell'organo esecutivo: basti pensare all'Irlanda del Nord o al caso del terrorismo secessionista basco. A prescindere dalle menzionate esperienze, nell'insieme, i regimi emergenziali, sia ove siano previamente predeterminati dalla Costituzione, sia quando non lo siano, sono qualificabili come «regimi derogatori della normalità caratterizzati dalla loro temporaneità ... La loro introduzione implica la sospensione di quella parte della Costituzione con cui si pongono in contraddizione e da un punto di vista logico è la sospensione della efficacia di norme costituzionali, che rimangono quiescenti per riprendere piena applicabilità al momento del cessare dei presupposti della sospensione, che consente l'introduzione del regime derogatorio che si pone come eccezione rispetto alla regola costituzionale e che di frequente è qualificato come eccezionale»<sup>9</sup>.

Come si è già osservato, nel quadro di instabilità internazionale segnato dalla fine della Guerra Fredda e dalla caduta del Muro di Berlino, il tema della sicurezza è diventato un vero e proprio diritto da garantire<sup>10</sup>, sia a livello interno che a quello esterno. Al contempo, la guerra non è

<sup>5</sup> A. Barak, *op. cit.*, 9-10.

<sup>6</sup> *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 218 (1944).

<sup>7</sup> *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944), 245-246.

<sup>8</sup> A. Barak, *op. cit.*, 9-10.

<sup>9</sup> Cfr. G. De Vergottini, *op. cit.*, 55 ss.

<sup>10</sup> Riconosciuto come tale dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e, più recentemente, dalla legislazione antiterrorismo attuata in Francia nel 2001. Sul punto si v. C. Walter, S. Vöneky, V. Röben, F. Schorkopf (cur.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2004.

vista più soltanto come una misura di difesa, ma è diventata *preventiva*, attuabile anche in assenza di un attacco concreto. Si può quindi convenire sull'osservazione secondo la quale «il valore sicurezza nei rapporti internazionali tende a prendere il sopravvento sul diritto di difesa legittima, consentendo azioni di prevenzione a prescindere da attacchi in corso, e nei rapporti interni tende a ridurre lo spazio di garanzia dei diritti civili e politici»<sup>11</sup>. La *ratio* che ispira una siffatta strategia risponde all'esigenza di evitare l'indebolimento delle istituzioni in conseguenza dell'emergenza, per cui in tale ottica la legge ha il fine di fissare un equilibrio fra esigenza di sicurezza del cittadino e tutela della libertà dell'individuo. Come può desumersi dalla giurisprudenza della Corte suprema israeliana (dicembre 2002), lo Stato di diritto si manifesta cedevole rispetto alle esigenze di salvaguardia della sicurezza, in quanto viene "riscoperta" quella ragion di Stato e la teoria della necessità come legittimanti l'introduzione di regimi derogatori. Quello che appare problematico, analizzando il quadro emerso dopo l'11 settembre, è che gli ordinamenti non hanno proclamato alcuno stato di emergenza, adottando le misure per fronteggiare la nuova situazione critica attraverso la legislazione ordinaria. Ciò comporta la conseguenza che misure che devono avere carattere determinato, in realtà sono pressoché indeterminate. Inoltre, la fonte ordinaria, entrando nell'*iter* quotidiano del legislatore, crea assuefazione nei cittadini; ciò si traduce in una maggiore potenziale discrezionalità del potere statale. In sostanza, «si allenta la contrapposizione fra misure destinate a fronteggiare emergenze puntuali, e quindi a termine, e misure destinate a continuare nel tempo, e quindi tendenzialmente definitive. Nei testi normativi adottati recentemente per combattere la minaccia terroristica accanto a disposizioni a termine si trovano promiscuamente disposizioni destinate a valere a tempo indeterminato»<sup>12</sup>.

Se si analizzano le situazioni di emergenza nazionale e le risposte date dai legislatori, può dirsi, in via generale, che i nuovi stati emergenziali hanno di norma comportato un generale e pericoloso affievolimento dei diritti di libertà. Il diritto di associazione in questi casi rappresenta l'esempio limite per quanto concerne la relativa limitazione. La guerra al terrorismo, quindi, vede la prevalenza della tutela della sicurezza sulla libertà, soprattutto dopo i fatti di New York, anche se tale tendenza è iniziata prima, in conseguenza del peggioramento della situazione internazionale. Fermo restando i dati comuni ai diversi ordinamenti, «l'impressione complessiva è che fino a che permanga la situazione internazionale di conflitto o di grave tensione con evidenti rischi di una sua ripercussione interna la legislazione limitativa dei diritti costituzionali è destinata a cronicizzarsi e che di conseguenza la garanzia dei principi dello Stato di diritto finirà per concentrarsi sulla consistenza ed efficacia dei controlli affidati alle giurisdizioni come pure sui controlli che, su altro piano, potranno esercitare le rappresentanze politiche parlamentari»<sup>13</sup>. Con la nuova situazione di emergenza, segnata dai tragici eventi dell'11 settembre, in tal modo, la teoria e il diritto costituzionale si trovano a dover fronteggiare una ulteriore frontiera che va ad aggiungersi al risalente, classico, dualismo tra autorità e libertà. I diritti fondamentali devono ora più

<sup>11</sup> G. De Vergottini, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti occidentali*, in *Bolletín mexicano de derecho comparado*, 2004, 5 ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, 6. Secondo De Vergottini, «Le misure derogatorie non sempre vengono adottate rendendo evidente l'allontanamento dalla ordinarietà. Non vengono evidenziati regimi di eccezione proclamando specifici 'stati'. Nella realtà di questi anni il problema dei limiti si è posto prescindendo dalla instaurazione di un regime giuridico di formale sospensione delle garanzie non essendosi instaurati né in Italia né all'estero stati di eccezione, comunque definibili, motivati dalla guerra. In altre parole, la minaccia terroristica viene considerata come presente a lungo termine in quanto connaturata all'attuale stato dei rapporti della comunità internazionale e dei gruppi e organizzazioni non statali che si muovono nel suo ambito. Gli Stati e i loro cittadini si assuefanno alla permanenza del fenomeno terroristico. Il pericolo viene fatto rientrare nella quotidianità. E proprio dalla sussunzione di ciò che dovrebbe apparire come incompatibile con la normalità della ordinaria quotidianità che deriva il ricorso a fonti ordinarie per affrontare l'emergenza terroristica nei suoi risvolti interni. La normalizzazione della emergenza comporta l'uso delle fonti ordinarie e in particolare della legge nella generalità degli ordinamenti, compresi quelli che hanno previsto in costituzione regimi giuridici derogatori dei diritti in connessione alla gestione delle emergenze» (*op. cit.*, 6). La legislazione antiterroristica adottata in Italia negli anni '70 e '80 ha seguito un omologo percorso di normalizzazione, come non possiamo argomentare in questa sede per esigenze imposte dalla necessaria delimitazione del tema. Sul punto si v. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, VIII ed., 2004, 870 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza*, Napoli, E.S.I., 1995; C. Pasquariello, *Brevi cronache dell'ordinaria emergenza*, in *Critica dir.*, 1999, 607-611; L. Stortoni, *Diritti dell'uomo ed emergenza: (l'eredità de) gli anni di piombo*, in *Critica dir.*, 1997, 53-63.

<sup>13</sup> È anche la conclusione del saggio di De Vergottini al Convegno AIC (17-18 ottobre 2003).

concretamente confrontarsi con il bene/valore della sicurezza che ogni ordinamento assume come essenziale e pertanto inderogabile. Pertanto, essendo il tema della sicurezza notevolmente esasperato rispetto al passato, i diritti di libertà – in un certo senso – sono posti in competizione con la possibilità e i rischi di una loro indebita compressione. Se muoviamo in particolare dall'esperienza costituzionale statunitense, osservando come in passato la paura del comunismo abbia portato a forme gravi di repressione della libertà di pensiero (si pensi all'epoca del maccartismo), la situazione attuale impone un'attenta riflessione intesa ad evitare che la Costituzione venga svuotata di quel nucleo forte di principi e di valori senza i quali sarebbe compromesso lo stesso principio democratico. In tal senso, il caso degli Stati Uniti rappresenta un valido ideal-tipo per due principali motivi; da un lato, perché i fatti dell'11 settembre hanno identificato tale Paese come destinatario (privilegiato ancorché non esclusivo) degli attacchi terroristici, dall'altro, in quanto tale Nazione esprime in modo particolarmente chiaro ciò che si è identificato con un modello esemplare del liberalismo costituzionale contemporaneo<sup>14</sup>. Per tale ragione, risulterà di indubbio interesse l'analisi delle modalità con cui tale Paese ha affrontato (e continua ad affrontare) la delicata questione delle attuali, odiose, forme di terrorismo. L'analisi dell'esperienza canadese (ma anche la esperienza tedesca e quella israeliana) arricchirà il quadro analitico, sottolineando fin d'ora come il multiculturalismo connoti in modo profondo quell'ordinamento (art. 27 Cost. canadese) e come lo stesso sia stato da sempre letto come idoneo a riconoscere margini di tolleranza assolutamente importanti alle differenze in campo religioso, linguistico, razziale, in una parola al regime materiale delle libertà, facendo del Canada una delle esperienze costituzionali di maggiore interesse nell'ottica dell'attuazione dei principi del pluralismo e della stessa cultura liberal-democratica. La scelta di incentrare la nostra attenzione anche sull'ordinamento tedesco e su quello israeliano può essere spiegata in ragione della peculiarità di ciascuna delle due esperienze.

La Germania, al pari della Spagna e del Regno Unito, ha conosciuto, nel passato, forme gravi di terrorismo interno posto in essere da organizzazioni criminali di varia matrice, apprestando sistemi normativi di contrasto che, nell'attuale fase di lotta al terrorismo internazionale, hanno conosciuto una forma di stabilizzazione nel codice penale e processuale penale, in spregio delle fondamentali garanzie sancite dalla Legge Fondamentale di Bonn e dal diritto internazionale.

L'esperienza israeliana dal canto suo, rappresenta un terreno privilegiato per verificare «la capacità di resistenza dei diritti fondamentali, la loro possibilità concreta di affermazione, accanto – ed oltre – la loro proclamazione ideale ... nella crisi dell'emergenza»<sup>15</sup>, posto che, com'è noto, lo Stato di Israele si è trovato (e si trova tuttora) in una situazione di alta conflittualità e di costante scontro con il mondo arabo, capace di mettere in serio pericolo la sua stessa esistenza.

Prima di passare all'analisi delle suddette esperienze costituzionali, una ulteriore considerazione deve svolgersi, in via preliminare, in ordine alla sicurezza. Il *focus* del tema che il giurista è chiamato oggi ad affrontare è volto a sottolineare l'esigenza di evitare che il bene costituzionale della sicurezza sia dilatato eccessivamente, in virtù della paura che la minaccia terroristica esercita sull'opinione pubblica nell'ambito degli ordinamenti contemporanei. Tale tematica appare di portata capitale, in quanto le potenziali involuzioni autoritarie degli ordinamenti possono essere favorite dalla mancata presa di coscienza dell'opinione pubblica. Sulla base di tale premessa, preme ora entrare più nel vivo dell'esperienza statunitense in relazione alle questioni di cui si è detto. Le recenti forme del terrorismo, per le numerose possibilità di attacco (aerei, gas velenosi, ecc), impongono agli ordinamenti un modo nuovo di affrontare l'emergenza che è lungi dall'essere riconducibile ai classici strumenti repressivi della legislazione penale. Per tali motivi, gli stati di emergenza devono essere compresi dentro una soglia oltre la quale non può andarsi, in ordine alla protezione delle libertà civili. In particolare, i poteri di emergenza non devono

<sup>14</sup> Per un'analisi compiuta dell'assetto costituzionale di tale ordinamento, nella bibliografia italiana, cfr. in part. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2000, due volumi.

<sup>15</sup> In tal senso G. M. Flick, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in AA. VV., *A tutti i membri della famiglia umana*, Milano, Giuffrè, 2008, 261-276.

legittimarsi sulla base del panico, ma fondarsi su dati concreti, per non eludere i meccanismi di contrappeso politico e giuridico. In tale ottica, la “guerra al terrorismo”, espressione atecnica abitualmente utilizzata dopo l’11 settembre, non può che ritenersi impropria, non risultando “un concetto legale convincente”<sup>16</sup>. Una lunga citazione di Ackerman può aiutarci nel chiarire tutti i limiti di una simile inadeguatezza nel differenziare situazioni ascrivibili alla guerra e altre, invece, al crimine e al necessario suo contrasto: «La “guerra al terrorismo” ha pagato dividendi politici enormi per il Presidente Bush, ma ciò non la rende un concetto legale convincente. La guerra viene tradizionalmente definita come uno stato di belligeranza tra sovrani. Le guerre tra Afghanistan e Iraq erano guerre; la lotta contro Osama Bin Laden e *Al Qaeda* non lo è. L’adattamento selettivo delle dottrine che trattano della guerra conduce prevedibilmente a devastanti incursioni sul terreno delle libertà fondamentali. È una cosa se il Presidente Roosevelt designa come “*enemy combatant*” un cittadino americano preso prigioniero mentre serve nell’esercito tedesco e lo sottopone a processo al di fuori delle garanzie standard fornite dalle Corti civili; è tutta un’altra cosa se il Presidente Bush fa altrettanto per i presunti membri di *Al Qaeda*. La differenza è ovvia e fondamentale. Soltanto una piccolissima percentuale del genere umano è composto da membri riconosciuti dell’esercito tedesco, ma chiunque può essere sospettato di complicità con *Al Qaeda*. Ciò significa che tutti noi siamo, in linea di principio, soggetti alla detenzione su decisione dell’esecutivo una volta che trattiamo la “guerra al terrorismo” come se fosse l’equivalente legale della guerra contro la Germania. La guerra fra Stati sovrani, inoltre, perviene a una fine; ha luogo un qualche atto decisivo di capitolazione, armistizio o un trattato che tutto il mondo può vedere. Ma ciò non accadrà nella guerra contro il terrorismo. Anche se Bin Laden viene catturato, processato e condannato non sarà chiaro se *Al Qaeda* sopravviverà o meno. Anche se questa rete si disintegra, in tutta probabilità gemmerà in altri gruppi terroristi ... Dunque se scegliamo di chiamare tutto ciò una guerra, sarà una guerra senza fine. Ciò significa che non soltanto sottoponiamo tutti al rischio della detenzione su decisione del Comandante in capo, ma che sottoponiamo tutti al rischio di una detenzione senza fine»<sup>17</sup>.

Per quello che attiene alla categoria del crimine terroristico, invece, devono sottolinearsi altre peculiarità. La mafia, ad esempio, è un’associazione criminale che non ha l’obiettivo di mettere in dubbio l’esistenza dello Stato, per cui quest’ultimo può contrastarla con l’ordinaria legislazione penale. Durante la Guerra Fredda, il pericolo di cospirazione comunista non è mai stato fronteggiato al di fuori della legislazione ordinaria: «il diritto penale è riuscito a contenere organizzazioni antisociali entro limiti tollerabili senza bisogno di misure arbitrarie da stato di polizia»<sup>18</sup>. Inoltre, tra la minaccia del crimine organizzato e quella terroristica intercorre una differenza per così dire strutturale: «il mutare degli equilibri tecnologici a favore dei terroristi significa che eventi come l’11 settembre ricorreranno a intervalli imprevedibili, scuotendo di nuovo ogni volta la fiducia del cittadino comune nella capacità da parte del Governo di evitare crisi catastrofiche nell’ambito della sicurezza nazionale»<sup>19</sup>.

Nella sua traduzione dalla politica al diritto, quindi, la minaccia terroristica può comportare la sospensione indebita delle tradizionali garanzie degli ordinamenti democratici. In tal senso, gioca un ruolo primario il panico che tale minaccia esercita sulla collettività: da qui nasce l’esigenza di una precisa disciplina della “Costituzione di emergenza”. La motivazione esistenziale di ogni ordinamento, intesa come una minaccia che può provenire sia dall’esterno che dall’interno, non è bastevole per la specificazione dell’attuale fattispecie terroristica. A titolo esemplificativo, basti citare, da un lato, l’art. 16 della Costituzione francese, che conferisce al Governo, in caso di emergenza, i pieni poteri per fronteggiare la crisi, dall’altro, la LFB, in base alla quale il Governo federale ha il compito di ristabilire l’ordine pubblico, esercitando un potere attribuito nella sede

<sup>16</sup> B. Ackerman, *op. cit.*, 19 ss.; B. Ackerman, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, Carocci, 2005; G. Agamben, *Lo stato d’eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006; A. Benazzo, *L’emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>17</sup> B. Ackerman, *La Costituzione di emergenza*, cit., 19-20.

<sup>18</sup> B. Ackerman, *La Costituzione di emergenza*, cit., 22.

<sup>19</sup> B. Ackerman, *La Costituzione di emergenza*, cit., 28.

“ordinaria” ai singoli *Länder*. La peculiare minaccia terroristica che oggi si deve fronteggiare risulta di difficile individuazione *ex-ante*. Il lavoro del giurista, così, è quello di pensare ad una nuova classificazione di tali emergenze, al fine di evitare una compressione indebita dei diritti di libertà, poiché “le attuali limitazioni costituzionali potrebbero non avere alcun senso all’interno del nuovo quadro”<sup>20</sup>. Ciò detto, allora, bisogna chiedersi quali sembianze dovrebbe assumere una Costituzione di emergenza che volesse sistematicamente centrarsi sulla funzione assicurativa come sua ragion d’essere. La gestione giuridica non presuppone un risultato ottimale certo. Nel saggio già ricordato, Bruce Ackerman cita in modo convincente l’esempio del giudice della Corte suprema Hugo Black, noto difensore delle libertà civili, il quale, nel caso *Korematsu*, non ritiene discutibile di dichiarare legittimi i campi di concentramento per giapponesi e americani durante la seconda guerra mondiale, creando, così, un potenziale precedente giurisprudenziale, pericoloso per l’oggi. Nell’intento di evitare la normalizzazione delle misure proprie dello stato di emergenza, taluni hanno proposto il ricorso alla violazione “legale” della legge: ma allora non è possibile che, su questa base, si dia eccessivo spazio alla possibilità di comprimere indebitamente i diritti fondamentali? Fermo restando che il terrorismo odierno non sembra porsi come minaccia esistenziale per le istituzioni democratiche, l’Autore propone di riappropriarsi, da parte della teoria costituzionale, della nozione di stato di emergenza concepandola «come un fondamentale strumento che consente che il pubblico venga assicurato nel breve periodo senza apportare danni di lungo periodo ai valori costitutivi della libertà e dello stato di diritto»<sup>21</sup>, a cui bisogna opporre il bilanciamento posto in essere dalla giurisprudenza<sup>22</sup>.

## 2. Sicurezza, libertà e diritto penale: un diritto penale del nemico?

Sia ragioni di prospettiva che ragioni più contingenti – per come si è fin qui osservato – sono alla base di un dialogo complesso che sta attualmente riguardando l’intera teoria e il diritto positivo costituzionale relativamente alle modalità più adeguate della democrazia costituzionale di farsi carico delle garanzie da accordare alle esigenze di sicurezza dei diritti e, al contempo, a quelle poste dal diritto alla sicurezza. Il diritto alla sicurezza, in particolare, appare riguardato dalle varieghe politiche securitarie di contrasto e di lotta al terrorismo nazionale e soprattutto internazionale. Nelle più recenti esperienze di contrasto al terrorismo, tali politiche, nella loro concreta operatività, coinvolgono sia il diritto penale interno ai singoli Paesi, sia, più in generale, le formule costituzionali classiche di “protezione della democrazia”<sup>23</sup>.

Quanto alle problematiche relative alla legislazione antiterroristica e alle modifiche/trasformazioni del diritto penale, in modo particolarmente evidente nell’esperienza statunitense dell’ultimo decennio, si colgono chiare tendenze allo scivolamento verso logiche e formule marcatamente autoritarie, che vengono inquadrate, in recenti e inaccettabili letture della dottrina tedesca, come “diritto penale del nemico”<sup>24</sup>.

Com’è stato acutamente sottolineato, il diritto penale del nemico è «una categoria dottrinale che attiene a vari fenomeni legislativi e di politica criminale, anche di matrice giudiziaria, dove la *neutralizzazione*, l’*annientamento*, la guerra contro fenomeni e persone pericolose attraverso il “diritto” penale e processuale penale ... attraggono in modo pressochè esclusivo la risposta

<sup>20</sup> Ult. *op. cit.*, 28.

<sup>21</sup> Ult. *op. cit.*, 35.

<sup>22</sup> Ult. *op. cit.*, 36 («all’interno di questo quadro le strutture costituzionali possono esercitare una fondamentale funzione di canalizzazione. Cattive strutture legali canalizzeranno i temporanei bisogni di assicurazione verso restrizioni permanenti della libertà; le buone strutture li canalizzeranno verso stati temporanei di emergenza senza danni permanenti alle libertà fondamentali»).

<sup>23</sup> A. Di Giovine (cur.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni*, cit.; B. Ackerman, *La Costituzione di emergenza*, cit.

<sup>24</sup> G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003. Sul punto L. Pepino, *La giustizia, i giudici e il ‘paradigma del nemico’*, in *Quest. giust.*, 2006; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al ‘nemico’*, in *Cass. pen.*, 2006; A. Caputo, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. giust.*, 2006; L. Ferrajoli, *Il ‘diritto penale del nemico’ e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006; V. Franchiotti, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto. Strategie antiterrorismo e giurisdizione degli Stati Uniti*, in *Quest. giust.*, 2006.

punitiva dello Stato, vanificando il diritto della colpevolezza, della proporzione retributiva, della rieducazione, del reinserimento sociale»<sup>25</sup>.

Mentre sul piano internazionale, per legittimare aggressioni belliche si è teorizzata una “guerra preventiva” contro regimi ritenuti pericolosi, agendo in aperto contrasto con le regole contenute nello Statuto dell’Organizzazione delle Nazioni Unite, sul piano del diritto interno, si è proceduto all’applicazione di un diritto penale eccezionale (*extra ordinem*), comportante la neutralizzazione preventiva di determinati autori ritenuti pericolosi, agendo nettamente al di fuori della legalità costituzionale<sup>26</sup>.

Alla sospensione della legalità costituzionale nei confronti di determinati tipi di autore sospettati di terrorismo<sup>27</sup> e alla neutralizzazione della pericolosità (prevenzione speciale negativa) si aggiunge, sul piano della struttura dei fatti punibili, un’anticipazione delle soglie di punibilità, in particolare nel settore degli “atti preparatori” e della mera associazione; un uso degli strumenti cautelari in funzione preventiva, nel processo penale e nel diritto penitenziario, nonché un inasprimento delle procedure di prevenzione *ante-delictum*<sup>28</sup>.

La tesi di una necessaria differenziazione del diritto penale è stata avanzata da un noto studioso di fama internazionale, Günther Jakobs, il quale ha ammesso la possibilità per gli Stati di applicare, accanto al “diritto penale del cittadino”, un “diritto penale del nemico”<sup>29</sup>.

Tale possibilità/necessità poggia sulla distinzione che Jakobs effettua tra “la persona in diritto” e il “nemico”: l’autore di reati è trattato come persona solo se è «in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all’ordinamento (essendo così) titolare di una legittima pretesa ad essere trattato come persona in diritto»<sup>30</sup>, mentre «chi non offre simile garanzia in modo credibile ... viene trattato da non cittadino; gli vengono sottratti diritti»<sup>31</sup>, poiché «il deviante in via di principio ... colui che nega in via di principio la legittimità dell’ordinamento giuridico e perciò si prefigge di distruggere tale ordine non può essere trattato come un cittadino, ma deve essere combattuto come un nemico»<sup>32</sup>.

Nel definire le condizioni e i confini della categoria del diritto penale del nemico, Jakobs propone di superare, pertanto, l’assunto secondo il quale «ognuno deve essere trattato sempre come una persona provvista di diritti», in considerazione dell’eccessivo carattere di astrattezza di tale proposizione e dal momento che essa, a suo avviso, non può prescindere dal comportamento della persona che si ha di fronte. Essere persona in diritto postula, infatti, una necessaria cooperazione da parte del soggetto nei confronti dello Stato: chiunque non adempie ai propri doveri deve essere “tenuto in pugno” per non diventare pericoloso; nel caso in cui egli imperversi, deve essere combattuto e, laddove vi siano serie probabilità che egli possa imperversare, è necessario cautelarsi<sup>33</sup>.

Secondo Jakobs, inoltre, chiunque potrebbe trovarsi nella posizione di nemico solo parzialmente: essendo l’esclusione in una società libera il risultato di un’autoesclusione, il nemico

<sup>25</sup> M. Donini, M. Papa, *Prefazione a Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, X.

<sup>26</sup> A. Gamberini, R. Orlandi, *Introduzione a Delitto politico e diritto penale del nemico Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007. Secondo gli Autori l’idea di “guerra preventiva” contribuisce a caratterizzare ulteriormente in senso preventivo il diritto penale del futuro.

<sup>27</sup> Paradigmatico è il caso dei prigionieri nelle carceri di Guantanamo, detenuti a tempo indeterminato e senza processo, senza neanche le garanzie assicurate ai prigionieri di guerra, per come si sottolineerà meglio in seguito.

<sup>28</sup> A. Cavaliere, *Diritto penale ‘del nemico’ e ‘di lotta’: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo i tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Critica dir.*, 2006, 295-321; A. Gamberini, R. Orlandi, *Ult. op. cit.*

<sup>29</sup> Mentre lo scopo del diritto penale del cittadino è quello di riaffermare la garanzia della vigenza del diritto, il diritto penale del nemico ha il compito di garantire sicurezza, il che è rilevabile «a livello dello scopo della pena e delle fattispecie criminosi pertinenti». Cfr. G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano*, cit., 19-56; G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Hrrs*, 2004, Heft 3, 88 e ss.; G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (cur.), *Delitto politico*, cit., 109-129.

<sup>30</sup> In tal senso G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano*, cit., 26.

<sup>31</sup> Cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118.

<sup>32</sup> Cfr. G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano*, cit., 30.

<sup>33</sup> Cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, cit., 109-110.



potrebbe nuovamente “convertirsi” in cittadino mediante una trasformazione del suo stesso comportamento; fino al momento in cui ciò non avviene, il nemico è escluso da alcuni suoi diritti<sup>34</sup>.

Ne deriva, pertanto, una ulteriore differenziazione rispetto alla funzione della sanzione penale. Nei confronti del cittadino o persona si applica una pena, che per Jakobs è una forma di risarcimento del danno riscosso coattivamente, una inflizione di dolore «dosata in modo tale che la sicurezza cognitiva della norma infranta non venga pregiudicata a causa del fatto delittuoso accaduto»<sup>35</sup>. Nei confronti del nemico, la funzione manifesta della pena è, invece, di sicurezza, di neutralizzazione della pericolosità<sup>36</sup> o, per dirlo in altri termini, di prevenzione speciale negativa.

La funzione di neutralizzazione della pena comporta, secondo il filosofo, l’anticipazione della tutela agli atti preparatori, ed in particolare anche alla mera “formazione di un’associazione criminale o magari terroristica”<sup>37</sup>, l’inasprimento della pena o, in alternativa, l’applicazione di misure di custodia cautelare in aggiunta alla pena<sup>38</sup>.

Nell’ampia trattazione teorica del “nuovo paradigma” di diritto penale del nemico, Jakobs definisce anche i limiti entro i quali sia possibile applicare il diritto penale differenziato, facendo riferimento alla necessità<sup>39</sup>: «diritto penale del nemico non rappresenta affatto una regola di annientamento illimitato, ma costituisce nell’ambito dello stato di diritto governato in modo assennato una *ultima ratio*, ... utilizzata come eccezione, come qualcosa che non può essere adottato in via duratura»<sup>40</sup>.

Tuttavia, lo Stato può fare ai nemici tutto quanto ritenga necessario, perché si tratta di non-persone, che non hanno diritti: «è la società a decidere fino a che punto includere o escludere»<sup>41</sup>. Inoltre, è dato evidenziare come, anche al di fuori del diritto penale del nemico dovrebbe ammettersi, secondo Jakobs, un obbligo, per qualsiasi imputato, di rispondere alle domande poste dall’autorità inquirente, nonostante possa «essere necessario che la forza con cui si esige l’adempimento dell’obbligo diventi di portata tale che la si può chiamare ormai solo tortura, un modo di agire che dunque depersonalizza il soggetto passivo della tortura. Questo sarebbe l’ambito della relazione con un nemico»<sup>42</sup>; atteso che «in diritto sussiste un assoluto divieto di tortura, quale puro e semplice contenuto concettuale del diritto ma il problema si pone ... nei seguenti termini: se lo Stato possa rimanere nel diritto sempre e nei confronti di chiunque»<sup>43</sup>.

Il quadro che lo spettro del diritto penale del nemico restituisce è, pertanto, quello di un ri-orientamento complessivo della giustizia penale in chiave marcatamente preventiva<sup>44</sup>, di un’erosione del diritto penale *del fatto* e il conseguente ricorso a illeciti (tendenzialmente) *d’autore*<sup>45</sup>, nonché di un orientamento delle politiche criminali verso un risultato coincidente con la

<sup>34</sup> G. Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118.

<sup>35</sup> G. Jakobs, *ult. op. cit.*, 122. L’Autore afferma, altresì che «La pena è coazione», e che questa deve essere «portatrice di significato di riaffermazione di vigenza della norma»: cfr. G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano*, cit., 30.

<sup>36</sup> Cfr. G. Jakobs, *ult. op. cit.*, 34.

<sup>37</sup> L’ipercriminalizzazione di atti preparatori è volta a rendere innocui (*Kaltstellen*) i presunti terroristi: «si tratta della sicurezza da una fonte di pericolo come una bestia selvaggia (*Wie bei Einem wilden Tier*), non del rapporto con una persona». Cfr. G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht*, cit., 89-92.

<sup>38</sup> Nel caso di avversari per principio o di terroristi è necessario bilanciare, ad avviso di Jakobs, il preesistente “deficit di sicurezza cognitiva”: da ciò emergerà, pertanto, «la sicurezza della società dal reo, perseguita o attraverso una custodia preventiva legittimata in quanto tale o attraverso una pena privativa della libertà che sia tale da garantire la sicurezza, quindi che sia corrispondentemente lunga». Cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, cit., 123.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 125 ss.

<sup>40</sup> *Ibidem* 117.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 6.

<sup>42</sup> Cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, cit., 128.

<sup>43</sup> Cfr. G. Jakobs, *ult. op. cit.*, 11.

<sup>44</sup> Sul punto A. Mantovano, *Prima del kamikaze. Giudici e legge di fronte al terrorismo islamico*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2006, 138.

<sup>45</sup> Fenomeni non inediti nei sistemi penali contemporanei e particolarmente significativi sul terreno delle fattispecie connotate dalla finalità di terrorismo o di eversione. Cfr. T. Padovani, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 821.

neutralizzazione del colpevole<sup>46</sup> e del riconoscimento, quale fondamento della fattispecie incriminatrice, dell'“appartenenza dell'autore a una categoria soggettiva”<sup>47</sup>.

Paradigmatica da questo punto di vista, è la condizione giuridica dello straniero, assoggettato a un *diritto speciale* in cui “la coercizione della libertà personale” – realizzata attraverso un *continuum* di misure amministrative e penali – «tende a svincolarsi dal riferimento a condotte soggettive connotate dall'ordinamento in termini di disvalore, per legarsi a una condizione individuale, la condizione di migrante»<sup>48</sup>. Com'è stato bene evidenziato, infatti, «la continuità straniero-nemico ... sovente si trasforma in equazione: proprio il carattere della guerra post-moderna – non convenzionale, permanente, preventiva, “dichiarata” contro un nemico dai contorni indefiniti, sfuggenti, mutevoli o contro un nemico *malgré soi* – fa sì che l'equazione straniero-nemico divenga costitutiva della guerra stessa»<sup>49</sup>.

Il nuovo sotto-sistema di diritto penale del nemico ha trovato una prima concretizzazione storica nella legislazione antiterrorismo emanata negli Stati Uniti d'America, ma si è esteso, in modo più o meno evidente, negli ordinamenti di molti Stati europei ed extraeuropei.

### 3. Sicurezza e libertà. L'esperienza statunitense.

Con riferimento invece alle problematiche definitorie e all'evoluzione della forma di stato e di governo, e in particolare del governo presidenziale U.S.A., si può sottolineare una tendenza viepiù marcata da parte del presidenzialismo statunitense ad allontanarsi in modo crescente dalle esigenze teoriche poste dalla previsione di *checks and balances* nelle forme di governo degli Stati costituzionali moderni e contemporanei a tutto vantaggio di un rafforzamento *ultra (ma anche contra) Constitutionem* dei poteri del Presidente. Tale rafforzamento riguarda i poteri presidenziali di guerra ma non si limita solo a tale ambito. Se non certo giustificato, come ci ha ricordato di recente la Corte suprema statunitense, tale rafforzamento appare anche motivato dall'esigenza di conformarsi alle logiche ritenute necessarie per combattere il terrorismo stragista del fondamentalismo islamico, seguendo un percorso che durante la Presidenza Bush ha fatto ricorso alla logica della guerra “infinita” e “preventiva” e coinvolgendo in tale scontro la gran parte degli Stati occidentali, sia pure senza consenso formale della Comunità internazionale. Secondo una lettura che, soprattutto nell'ultimo decennio e fino alla Presidenza Obama, è divenuta indirizzo politico-militare stabilmente seguito dalla Presidenza Bush, quest'ultima, così, troverebbe la sua logica, e pressoché inevitabile giustificazione, nella prospettiva di uno “scontro di civiltà” che si starebbe avverando nella esperienza politico-costituzionale di una delle più antiche democrazie del mondo, quella U.S.A.

Se queste riflessioni di approccio al tema ci aiutano a delimitare in qualche modo l'ambito teorico-generale da utilizzare per affrontare l'argomento, le ragioni dell'attualità di tale analisi possono (forse) cogliersi nelle recenti elezioni nord-americane e nelle dichiarazioni pubbliche rese dal neo-eletto Presidente Obama di procedere alla chiusura di Guantánamo Bay<sup>50</sup> e di ritirare, entro tempi militarmente accettabili, l'esercito dall'Iraq, essendo ormai venute meno le ragioni della

<sup>46</sup> Un risultato perseguito attraverso un'ampia gamma di strumenti, dalla corsa al rialzo della comminatoria editale alla stretta sul trattamento penitenziario, all'introduzione di misure ante delictum sempre più afflittive alla costruzione di sotto-sistemi di polizia caratterizzati dalla previsione di misure – non penali – pesantemente limitative della libertà personale. Cfr. A. Caputo, *Introduzione, Verso un diritto penale del nemico?*, in *Quest. giust.*, 2006, 623-652; L. Ferrajoli, *Il “diritto penale del nemico”*, cit., 797-812.

<sup>47</sup> Cfr. F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 666-686.

<sup>48</sup> Cfr. A. Caputo, *Il modello proibizionistico e le sue alternative: quali politiche del diritto in tema di immigrazione e stupefacenti*, in L. Pepino, N. Rossi (cur.), *Un progetto per la giustizia: idee e proposte di rinnovamento*, Milano, F. Angeli, 2006, 200; L. Pepino, N. Rossi, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2004.

<sup>49</sup> Cfr. A. Rivera, *Estranei e nemici. Discriminazione e violenza razzista in Italia*, Roma, Derive Approdi, 2003, 71. Sul punto cfr. altresì D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza: teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano, Bruno Mondadori, 2002.

<sup>50</sup> Di recente, il Presidente Obama ha firmato due Ordini esecutivi volti alla chiusura di Guantanamo e a fare divieto di utilizzo della tortura nel corso degli interrogatori (*Executive Order* del 22 gennaio 2009, “*Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*”, relativo alla chiusura del carcere di Guantanamo); *Executive Order* del 22 gennaio 2009, “*Ensuring Lawful Interrogations*”, relativo al divieto di utilizzo della tortura nel corso degli interrogatori dei sospetti terroristi). Per accedere al testo completo dei due Ordini esecutivi, cfr. [www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/).

rimozione del dittatore Saddam Hussein e comunque volendosi intraprendere un nuovo indirizzo politico-militare e politico-culturale volto al dialogo con le culture islamiche. Una prospettiva – quest’ultima – solennemente ribadita nella Conferenza tenuta presso l’Università de Il Cairo il 4 giugno del 2009. Una recentissima decisione della Corte suprema federale su Guantánamo Bay, in tal senso, chiude, anche idealmente, l’epoca della Presidenza Bush<sup>51</sup>.

Seguendo un indirizzo giurisprudenziale indubbiamente coraggioso, ancorché tardivo e non risolutivo rispetto al rilievo della protezione di beni costituzionali riguardati dai casi giudiziari connessi alla detenzione di soggetti connessi con il terrorismo, ovvero arrestati in scenari di guerra (come l’Afganistan), tre importanti sentenze adottate nel giugno del 2004 dalla Corte suprema USA (*Al Odah et al. v. United States*, *Rasul et al. v. United States*, *Hamdi v. United States*, *Padilla v. Rumsfeld*), come si dirà meglio in seguito, avevano già riaffermato il diritto costituzionale del *due process of law* per cittadini statunitensi e stranieri, e con esso la garanzia per ogni detenuto, a prescindere dalla relativa nazionalità, di poter contestare la legittimità della propria detenzione davanti a un tribunale degli Stati Uniti<sup>52</sup>. Tale indirizzo giurisprudenziale viene pienamente confermato in due successive pronunce della Corte suprema, nei casi *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) e *Boumediene c. Bush*, 553 U.S. (2008)<sup>53</sup>. Seguendo tale giurisprudenza, la più recente decisione della Corte Suprema nord-americana riconosce il diritto dei cittadini stranieri detenuti a Guantánamo Bay di ricorrere a un tribunale civile statunitense per contestare la propria detenzione.

Con la previsione di Commissioni speciali militari e con il rifiuto di ritenere applicabili ai detenuti di Guantanamo la Convenzione di Ginevra, in tal modo, l’intera strategia penale disegnata dal Governo Bush crolla di fronte alla Corte suprema, per la quale deve assumersi come illegittima la sottoposizione dei detenuti di Guantanamo alle Commissioni militari e la sospensione a carico di questi ultimi dell’*habeas corpus*. Le argomentazioni offerte dai giudici della Corte suprema appaiono ormai segnare una via di non ritorno nella valutazione della legittimità delle richiamate politiche del Governo in materia penale. L’elezione di Obama alla Presidenza, nel fondo, accoglie tale indirizzo giurisprudenziale, accompagnandolo con le necessarie scelte politiche orientate a “chiudere” il carcere di Guantanamo, applicando a tutti i prigionieri le garanzie dell’*habeas corpus*. Appaiono utili da richiamare alcune delle motivazioni accolte in tale indirizzo giurisprudenziale: «L’istituzione di un processo da parte di una Commissione militare solleva dubbi del più alto livello sulla separazione dei poteri» – scrive nelle motivazioni il Giudice John Paul Stevens; «il Congresso non ha concesso all’amministrazione un assegno in bianco – aggiunge il Giudice Stephen Breyer –, ha negato al Presidente l’autorità legislativa di creare Commissioni militari del tipo ora all’esame. Niente previene il Presidente dal tornare in Congresso per cercare l’autorità che ritiene gli sia necessaria». E – per il giudice Kennedy – «la concentrazione del potere nelle mani dell’Esecutivo espone la libertà personale al pericolo dell’azione arbitraria dei pubblici ufficiali, un’incursione che la separazione costituzionale dei poteri in un triplice sistema è disegnata proprio per evitare». A tali fini argomentativi, lo stesso Giudice Kennedy richiama il *Paper* n. 84 del *Federalist*, in cui Hamilton affermava che la «pratica dell’imprigionamento arbitrario è stato in tutte le epoche il più formidabile strumento di tirannide. Lasciare in condizione detentiva persone senza processarle risponde alla macchina di un governo arbitrario». Parole dure, come altrettanto dure sono quelle dei giudici di minoranza. Per la prima volta, in quindici anni, il conservatore Thomas ha scelto di leggere dai banchi in aula la propria mozione di dissenso: «Quella della maggioranza è una

<sup>51</sup> CS73-2008, 12/06/2008. Il 20 novembre 2008, il Giudice Federale di Washington, Richard Leon, ordina il rilascio di cinque detenuti algerini imprigionati da sette anni nel carcere di Guantanamo, giudicando illegale la loro detenzione. I detenuti erano stati arrestati in Bosnia nell’ottobre 2001 e tradotti l’anno successivo a Guantanamo con l’accusa di essere “nemici combattenti illegali”.

<sup>52</sup> Per l’analisi dettagliata delle sentenze della Corte Suprema cfr. anche T. E. Frosini, C. Bassu, *La libertà personale nell’emergenza costituzionale*, in A. Di Giovine (cur.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005; A. Benazzo, *L’emergenza nel conflitto*, cit.; S. Santoli, *USA: Eppure (r)esistono. Habeas Corpus, due process of law, checks and balances. In margine alle sentenze della Corte Suprema del 28/6/2004*, in [www.forumcostituzionale.it/telescopio.html](http://www.forumcostituzionale.it/telescopio.html); A. De Petris, *Guantánamo: un buco nero nella “terra della libertà”*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/guantanamo/](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/guantanamo/).

<sup>53</sup> Su cui cfr. anche N. Napoletano, *Il ripristino dell’*habeas corpus* a favore dei nemici combattenti detenuti a Guantanamo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008.

decisione pericolosa, danneggia gravemente la capacità del Presidente di affrontare e sconfiggere un nemico nuovo e mortale».

Fra i tanti (singoli e associazioni umanitarie) intervenuti a commentare la conferma di tale indirizzo giurisprudenziale si ricorda, in particolare, *Amnesty International*, secondo cui, rispetto alla vera e propria tortura costituita dalle forme di detenzione praticate a Guantanamo<sup>54</sup>, il *revirement* della Corte Suprema rappresenta un importante passo avanti verso il ristabilimento della preminenza del diritto. Il diritto costituzionale e il diritto penale ne risultano inevitabilmente travolti e in modo significativo. Con essi viene messo in questione lo stesso risalente mito che vedeva negli Stati Uniti d'America «la terra dell'universalismo egualitario e delle libertà che si erano faticosamente costruiti in due secoli di storia e, da ultimo, tra gli anni '50 e '70 del secolo scorso, grazie a numerose battaglie, da quelle per i diritti civili dei neri a quelle dei pacifisti contro la guerra in Vietnam»<sup>55</sup>. L'altro mito, parimenti riguardato dai tragici eventi successivi all'11 settembre e alle misure adottate per combattere il terrorismo di *Al Qaeda*, è quello del *giusto processo*, costituzionalmente protetto nelle forme stabilite nel V Emendamento della Costituzione statunitense, con gli imputati garantiti nelle loro prerogative da un giudice terzo e da una giuria indipendente, a meno che gli stessi non siano identificati e trattati come prigionieri di guerra, nel qual caso si estenderebbero loro i benefici e le tutele garantite dal diritto internazionale e in particolare dalle Convenzioni di Ginevra. Da qui dunque deve partire l'analisi sui rapporti fra democrazia e terrorismo, fra libertà ed emergenza.

Nel vero e proprio “buco nero” della democrazia e dei diritti rappresentato da Guantanamo – con i suoi “reclusi-fantasma”<sup>56</sup>, individuati, in modo del tutto approssimativo dal punto di vista giuridico, come “nemici combattenti” – così, oltre al riconosciuto mito costituzionale della separazione e del bilanciamento dei poteri, sembrerebbero miseramente messe in questione consolidate idee di giustizia e risalenti culture garantistiche mutate dalla esperienza britannica dell'*habeas corpus*.

Nella riflessione generale sul tema della legislazione antiterroristica adottata negli U.S.A. a seguito del tragico attentato dell'11 settembre, non si può procedere a un esame dettagliato delle misure adottate, dovendo necessariamente soffermarsi su quelle più significative e riproponendosi soprattutto di individuarne la fonte, se prevalentemente parlamentare ovvero governativa/presidenziale. Con primario riguardo all'esperienza statunitense, in tale quadro, pare opportuno richiamare, fin da subito, come il Congresso U.S.A. adotti – immediatamente a ridosso dell'evento terroristico che aveva attaccato l'America e traumatizzato il popolo americano e il mondo intero per le forme assolutamente inedite e la gravità dell'attacco in termini di vittime – una *Risoluzione*<sup>57</sup> volta a conferire al Presidente Bush il potere illimitato di usare la forza “necessaria e opportuna” contro Stati, organizzazioni e individui coinvolti negli attentati e in altre attività terroristiche. Una settimana dopo l'adozione di tale Risoluzione, due *Ordini esecutivi* vedono immediatamente la luce. Con essi si affida all'INS – l'Agenzia statale incaricata delle procedure di immigrazione e di naturalizzazione – la facoltà di limitazione della libertà degli stranieri per un periodo di 24 ore in assenza di accuse specifiche, con possibilità di prolungare tale termine in presenza di circostanze straordinarie e per un ragionevole periodo di tempo aggiuntivo. Un mese dopo la sua *Risoluzione*, il 26 ottobre 2001, il Congresso approva il *Patriot Act*<sup>58</sup>. Con tale atto, il Congresso attribuisce all'*Attorney General* il potere di prendere in custodia lo straniero sospettato

<sup>54</sup> Amnesty International, *Guantánamo e Corte Suprema: una partita a scacchi per i diritti dei prigionieri. Guantánamo in cifre*, in [www.chiudere Guantanamo.it/info.php](http://www.chiudere Guantanamo.it/info.php).

<sup>55</sup> R. Oliveri del Castello, *Diritti umani nell'America del XXI secolo*, in [www.osservatoriosullalegalità.org/04/approf/giu/02guantanamo.htm](http://www.osservatoriosullalegalità.org/04/approf/giu/02guantanamo.htm).

<sup>56</sup> A. Conchiglia, in *Le Monde diplomatique*, 19 febbraio 2004.

<sup>57</sup> *Authorization for the Use of Military Force, S.J. Resolution 23* (107th Congress, Statue 224, 2001), emanata in conformità alla *War Power Resolution – section 5 (b)* – del 1973.

<sup>58</sup> Acronimo di *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, reperibile in [www.eff.org/Privacy/Surveillance/Terrorism](http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/Terrorism).

di attività pericolose per la sicurezza nazionale, ma entro sette giorni questi doveva essere o espulso o accusato di un qualche delitto (*Section 412*)<sup>59</sup>.

Se una delle caratteristiche fondamentali della norma penale è costituita dall'alto grado di tassatività e di rigore prescrittivo, è da dire che la scelta del Governo statunitense ha operato nel senso di adottare una definizione talmente vaga da farvi rientrare condotte magari connotate da violenza ma ricollegabili anche a fenomeni di opposizione politica e agli immigrati. Infatti, nella nozione di terrorismo, rientrano i reati non a scopo di lucro in cui si faccia uso di «armi o dispositivi pericolosi» nonché gli atti che «appaiono tesi a influenzare la politica di un governo con l'intimidazione o la coercizione», purché, anche involontariamente, «mettano in pericolo la vita umana in violazione del diritto penale». Viene inoltre prevista la possibilità di arresto non soltanto per gli stranieri sospettati di terrorismo, ma anche per chi si ritiene «sia impegnato in ogni altra attività che possa danneggiare la sicurezza nazionale degli Stati Uniti». Chi rientra in tale categoria, può essere arrestato e restare comunque a disposizione della polizia per sette giorni, senza formulazione di alcuna specifica accusa. Se interviene un provvedimento del Ministro della Giustizia, lo stato di detenzione può prolungarsi fino a sette mesi, o fino al momento dell'espulsione, o fino a che il Governo (cioè il Ministro di giustizia) non ritenga che sia venuta meno la condizione che aveva determinato l'arresto<sup>60</sup>; qualora il Paese d'origine rifiuti il rimpatrio o nel caso in cui l'espulsione non sia possibile a causa di un rischio reale per il soggetto di essere perseguitato nel proprio Paese d'origine, lo straniero sarà detenuto dall'*Immigration and Naturalization Service*. Lo stato di detenzione sarà rivalutato ogni sei mesi, senza la predisposizione di un regolare processo per il soggetto sottoposto alla misura restrittiva e senza la formulazione di precise accuse a suo carico, trasformandosi, in alcuni casi, in carcerazione *sine die*. Tale norma rappresenta senza dubbio la prima concretizzazione storica della ipercriminalizzazione dello straniero e della predisposizione di un modello di giustizia penale volto a neutralizzare (prevenzione speciale preventiva) la pericolosità del soggetto, privandolo delle ordinarie garanzie giuridiche previste dall'ordinamento costituzionale<sup>61</sup>.

Il nuovo paradigma di “diritto penale del nemico”, inaugurato dal *Patriot Act*, ha trovato ulteriore specificazione nel *Presidential Military Order* sulla “*detenzione, trattamento e procedimento nei confronti di alcuni non-cittadini nella guerra al terrorismo*”<sup>62</sup>, firmato dal

<sup>59</sup> La *Section 412* dello *USA Patriot Act* modifica l'*Immigration and Nationality Act*. Per un ulteriore approfondimento si v. V. Fanchiotti, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e “effetti collaterali”*, in *Quest. giust.*, 2004, 283 ss.; T. E. Frosini, *Lo Stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, disponibile sul sito internet [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); M. Miraglia, *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in *Quest. giust.*, 2004, 298 ss.; H. Bell, *The Patriot Act*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2004; W. M. Brash, *America's Unpatriotic Acts: The Federal Government's Violation Of Constitutional And Civil Rights*, New York, Peter Lang Publishing, 2005; S. Sinnar, *Patriotic or Unconstitutional? The Mandatory Detention of Aliens Under the USA Patriot Act*, in *Stanford L. Rev.*, 2003, 1419.

<sup>60</sup> Inoltre, si possono ricordare l'introduzione di un *test* di ingresso su base ideologica e la possibilità di accesso alla corrispondenza senza mandato per le forze di polizia. Cfr. anche L. Magliaro, *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, in *Quest. giust.*, 2004.

<sup>61</sup> Un chiaro esempio di attuazione del nuovo paradigma di diritto penale del nemico può essere rintracciato anche nell'esperienza britannica: la decisione del Governo – confermata dal Parlamento – di sottoporre le misure previste dalla *Section 23* dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 2001 ad una *sunset clause* con la conseguente richiesta, inviata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, di derogare espressamente alle garanzie previste dall'art. 5 § 1, della Convenzione europea dei diritti umani è di fatto paradigmatica. La suddetta disposizione legislativa contenuta nell'*Anti-Terrorism Act* britannico prevede la detenzione illimitata e senza processo per gli stranieri o i richiedenti asilo sospettati di attività terroristiche, sulla base di rapporti di *Intelligence* ritenuti attendibili dal *Secretary of State for the Home Department*, senza il contestuale obbligo di fornire prove sufficientemente certe al fine di porre in essere tali misure restrittive. L'ordine di detenzione, volto a neutralizzare preventivamente lo straniero sospettato di costituire un pericolo per la sicurezza interna del Paese, è soggetto al controllo della *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), istituita dallo *Special Immigration Appeals Commission Act 1997*, cui è affidato il compito di valutare la sussistenza delle condizioni che legittimano il ricorso alla deroga. Avverso la decisione della SIAC è consentito esclusivamente il ricorso alla *Court of Appeal* per questioni di legittimità, esperibile sia dal condannato che dal *Secretary of State*. Il dato più preoccupante risiede nel fatto che la misura di detenzione extra giudiziaria sia prevista esplicitamente per i soggetti che non possono essere estradati nei propri Paesi di origine a causa dell'esistenza di un rischio reale di subire tortura o condanne eccessivamente severe quali la pena di morte, il che configurerebbe una violazione “potenziale” ma allo stesso tempo gravissima del divieto di tortura, imputabile direttamente allo Stato che emette un decreto di estradizione nei confronti di tali soggetti.

<sup>62</sup> *Presidential Military Order on Detention, Treatment and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*, 66 Fed. Reg. 57, 833, 13 novembre 2001.

Presidente Bush il 13 novembre 2001<sup>63</sup>, che sostanzialmente istituisce il sistema detentivo e punitivo di Guantanamo. Con tale atto, i poteri costituzionalmente attribuiti al Congresso (istituzione di organi giudiziari, previsione di nuove fattispecie penali e modifica di norme processuali) sono demandati all'Esecutivo (disciplina e nomina di nuovi organi giudiziari istituiti) e al potere giudiziario (con la riserva della funzione di organo di ultima istanza nel procedimento giudiziario a carico dei prigionieri di guerra)<sup>64</sup>. In esso, inoltre, si afferma che «la situazione di emergenza determinata dalla minaccia terrorista richiede che, per garantire la sicurezza nazionale, siano adottate misure straordinarie nei confronti dei non-cittadini che il Presidente ritenga appartenere ad *Al Qaeda* o che egli giudichi essere in qualche modo collegati alla rete del terrore».

In deroga a qualunque norma interna e internazionale, e interpretando al di là di quanto consentito dalla delega parlamentare, con tale atto, il Presidente U.S.A. stabilisce la detenzione indefinita e il processo per i detenuti non-cittadini che siano sospetti di attività terroristiche (o di favoreggiamento delle stesse) da parte di Commissioni militari, prevedendo, al contempo, in modo inedito e costituzionalmente discutibile, nuove figure di reato e nuove categorie soggettive nel diritto penale, quella dei «detenuti indefiniti». Secondo quanto previsto dall'Ordine presidenziale, ai c.d. *enemy aliens*<sup>65</sup> saranno pertanto negati «the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States District Courts», dal momento che gli stessi saranno affidati alla giurisdizione delle *Military Commissions*<sup>66</sup>, tribunali speciali in cui tutti i ruoli previsti in giudizio (giudice, pubblico ministero, avvocato difensore) sono esercitati da personale militare, la cui nomina viene effettuata attraverso ordinanze e regolamenti del Segretario della difesa. Gli ordini esecutivi e i regolamenti di nomina delle Commissioni militari devono assicurare, tra l'altro, che il processo in tali sedi sia «completo ed equo», e che queste «giudichino sia in forza dei fatti che della legge» (Sez. 4, punto 2). Al tempo stesso, si stabilisce che, in forza dell'*Ordine esecutivo* sulla protezione di informazioni classificate, protette dal divieto di divulgazione non autorizzata, o altrimenti custodite dalla legge, «il trattamento, l'ammissione alla prova e l'accesso a materiali ed informazioni di tale specie sono regolate anche con il potere di disporre il processo a porte chiuse» (Sez. 4, punto 4). Inoltre, il *Presidential Military Order* del 13 novembre 2001 dichiara la «non applicabilità alle Commissioni militari dei principi di legge e delle regole di valutazione della prova generalmente vigenti nei processi penali celebrati nelle corti distrettuali degli Stati Uniti» (Sez. 1, lett. f), nonché la «giurisdizione esclusiva» per le Commissioni militari «con riferimento ai reati commessi dagli individui di cui allo ... Ordine esecutivo», i quali «non avranno diritto di ricorrere, o di far ricorrere altri nel proprio interesse, agli strumenti di impugnazione necessari a sostenere, direttamente o indirettamente, procedimenti di

<sup>63</sup> In esso si rinviene espressamente la necessità avvertita dal Governo statunitense di affrontare l'emergenza posta dal terrorismo islamico mediante una deroga ai principi dello Stato costituzionale di diritto. Sul punto, cfr. tra gli altri, R. Dworkin, *The Trouble with the Tribunals*, in *The N. Y. Rev. of the Books*, 25 aprile 2002, in [www.nybooks.com/articles/15284](http://www.nybooks.com/articles/15284).

<sup>64</sup> M. Bouchard, *Guantanamo. Morte del processo e inizio dell'apocalisse*, in *Quest. giust.*, 2003, 925 ss.

<sup>65</sup> Cfr. D. Cole, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedom in the War on Terrorism*, New York, The New Press, 2003; D. Cole, *Enemy Aliens*, in *Stanford L. Rev.*, 2002, 953 M. Ratner, *Moving Away from the Rule of Law: Military Tribunals, Executive Detentions and Torture*, in *Cardozo L. Rev.*, 2003, 1513 ss.; M. Ratner, *The War on Terrorism: Guantánamo Prisoners, Military Commissions and Torture*, in Brown C. (cur.), *Lost Liberties, Ashcroft and the Assault on Personal Freedom*, New York-London, 2003, The New Press, 132. Un successivo *Order* firmato da Bush il 7 febbraio 2002 renderà *unlawful* tutti i nemici. In questo si legge: «Dispongo che i detenuti talebani “are unlawful combatants” e come tali non qualificabili come prigionieri di guerra ai fini dell'art. 4 della Convenzione di Ginevra. Sottolineo peraltro che, poiché tale Convenzione non si applica al nostro conflitto contro Al Qaeda, neanche i detenuti che ne siamo membri possono qualificarsi come prigionieri di guerra». Sul punto si v. D. P. Forsythe, *United States Policy toward Enemy Detainees in the "War on Terrorism"*, in *Human Rights Q.*, 2006, 465-491; N. R. Sonnett, J. S. Cooke, E. R. Fidell., A. J. Krieger, S. A. Saltzburg., S. E. Spaulding - American Bar Association Task Force On Treatment Of Enemy Combatants, *Preliminary report*, in [www.nimj.com](http://www.nimj.com), 8 agosto 2002.

<sup>66</sup> Il *Military Order* richiama, in primo luogo, i tribunali militari istituiti durante la Guerra civile dal Presidente Lincoln e soprattutto il *Secret Military Tribunal*, che, nominato dal Presidente Roosevelt e presieduto dall'avvocato generale militare Myron C. Cramer, condannò otto sabotatori tedeschi, sbarcati sul territorio americano nel 1942. Tale caso è particolarmente importante perché uno degli otto sabotatori tedeschi (Haupt) era cittadino americano. La Corte suprema venne investita del caso e dichiarò la legittimità della procedura sulla base dell'emergenza bellica, giudicando legittimi i poteri attribuiti dalla Costituzione e dal Congresso al Presidente (*Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 1942). Tuttavia, la legittimità del *Military Order* del 13 novembre 2001 è stata da subito contestata sia dalle associazioni per la tutela delle libertà civili, sia da una parte della dottrina statunitense. Sul punto cfr. C. Di Turi, *La guerra in Iraq e il diritto internazionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/dituri.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/dituri.html).

riesame di fronte a Corti degli Stati Uniti o di un singolo Stato o Paese estero, o di un tribunale internazionale» (Sez. 7, lett. b). Infine, nella loro disciplina, i Tribunali sono sottratti anche al diritto processuale penale delle Corti marziali in tempo di Guerra<sup>67</sup>.

Fra i molti dubbi di costituzionalità relativi alla deroga operata nell'apparato delle garanzie processuali costituzionalmente previste, come si può vedere, il *Presidential Military Order*, ancorché in un quadro motivato dallo stato di emergenza provocato dal terrorismo, pare attentare al principio costituzionale del *due process of law*, fissato nel V Emendamento della Costituzione U.S.A., principio cardine del costituzionalismo statunitense.

Due successivi *Military Order*, datati 21 marzo e 21 giugno 2002, adottati dal Segretario alla difesa, Donald Rumsfeld, il 30 aprile 2003, e nove *Military Instructions* dell'Avvocato generale del Dipartimento della Difesa William Heynes II<sup>68</sup> completano le modalità attuative del richiamato *Ordine presidenziale* (del 13 novembre 2001) sulla "detenzione, trattamento e giudizio dei cittadini non americani nella guerra contro il terrorismo". Ne risulta, nel complesso, un quadro allarmante, con l'integrale rimessione del processo di questi reclusi a militari ma non costituiti come Corti marziali, con l'attribuzione al Presidente Bush di tutti i poteri di esercizio dell'azione penale, dell'esecuzione della pena (detentiva o capitale) e di ogni eventuale decisione di revisione di un giudizio, per il quale non è comunque previsto appello, con la sottrazione al Congresso del potere di definire nuove figure di reato, la violazione del principio di irretroattività della legge penale e l'ampliamento della competenza dei tribunali militari. In tale quadro, come è stato sottolineato, ai detenuti di *Camp Delta*, quali "combattenti nemici fuorilegge", non solo è interdetto di fatto l'esercizio del fondamentale diritto all'assistenza di un legale, ma sono stati anche contestati reati che risultano istituiti direttamente dal Ministro Rumsfeld, *ex post*<sup>69</sup>. Secondo le *Military Commission Instructions*, l'imputato «è riconosciuto innocente fino a condanna emessa», «ha diritto a un interprete ... all'assistenza di un difensore», ma non al pieno accesso alle prove. L'accusa "scoprirà le sue carte" se e quando lo riterrà opportuno. Al suo fascicolo di indagine la difesa non ha alcun accesso preliminare. L'imputato inoltre può scegliere tra un difensore di ufficio in divisa ed uno di fiducia civile, ma è ragionevole chiedersi se si potessero registrare disponibilità, considerate le limitazioni imposte. Tra l'altro, ogni colloquio viene registrato, sia in aula che fuori, così da impedire una seria strategia difensiva. La pubblicità delle udienze è discrezionale e la sentenza di morte può essere emessa anche a maggioranza dei giurati, diversamente dal rito ordinario.

Ciò nonostante, la predisposizione di un "sistema penale parallelo" a quello ordinario, al fine di punire "in modo più adeguato" i sospetti conniventi con l'organizzazione terroristica di *Al Qaeda*, non è stata ritenuta una misura sufficiente a contrastare il pericolo di una nuova minaccia alla sicurezza del Paese. L'11 gennaio 2002 è atterrato nella base militare statunitense di Guantanamo Bay, a Cuba, il primo aereo proveniente dall'Afghanistan con a bordo centinaia di detenuti dei carceri militari afgani, dando vita al campo di prigionia dove saranno successivamente tradotti tutti gli *enemy combatants* catturati nel corso del conflitto<sup>70</sup>, cui saranno negati sia le garanzie giuridiche previste dal diritto costituzionale statunitense che le tutele previste dal diritto internazionale

<sup>67</sup> A. De Petris, *Guantanamo: Un buco nero*, cit.

<sup>68</sup> Consultabili in American Society of International Law, *U.S. Doc: Military Commission Order No. 1*, in *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, 725 ss., nonché sul sito del *National Institute of Military Justice* ([www.nimj.org](http://www.nimj.org)). Per la traduzione in lingua italiana si v. C. Bonini, *Guantanamo. USA, viaggio nella prigione del terrore*, Torino, Einaudi, 2004, 169 ss. Per un commento cfr. R. Oliveri Del Castello, *Diritti umani*, cit.

<sup>69</sup> R. Oliveri del Castello, *Diritti umani*, cit.

<sup>70</sup> Prima dell'11 settembre 2001, nella base militare di Guantanamo venivano ospitati i rifugiati cubani e haitiani. Sul punto cfr. T.E. Frosini, C. Bassu, *La libertà personale*, cit., 86. Sulle condizioni dei detenuti di Guantanamo si v., tra gli altri, V. Abellan Honrubia, *Infracciones graves a los Convenios de Ginebra: de Guantanamo a Abu Ghraib*, in AA. VV., *El derecho internacional: normas, hechos y valores: liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Servicio publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense Madrid, 2005, 245-264; R. Cisotta, *Le violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario nelle prigioni di Guantanamo*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 2006, 59-68; T. Yin, *Ending the War on Terrorism One Terrorist at Time: A Noncriminal Detention Model for Holding and Releasing Guantanamo Bay Detainees*, in *Harvard J. L. & Pub. Policy*, 2005, 150 ss.

umanitario e dal diritto internazionale dei diritti umani<sup>71</sup>. Successivamente, il Presidente Bush, con il *Military Order* del 7 febbraio 2002, ha reso *unlawful* tutti i nemici. In esso si legge: «Dispongo che i detenuti talebani “*are unlawful combatants*” e come tali non qualificabili come prigionieri di guerra ai fini dell’art. 4 della Convenzione di Ginevra. Sottolineo peraltro che, poiché tale Convenzione non si applica al nostro conflitto contro *Al Qaeda*, neanche i detenuti che ne siano membri possono qualificarsi come prigionieri di guerra».

Pertanto, è possibile osservare come la negazione delle tutele giuridiche accordate dal diritto costituzionale statunitense ai prigionieri di Guantanamo sia stata giustificata in base alla presunta extraterritorialità del luogo di detenzione<sup>72</sup> e alla *suspension clause* contenuta nell’art. I, sez. 9 della Costituzione di Philadelphia, mentre le garanzie offerte dal diritto internazionale sono state giudicate inapplicabili in virtù del riconoscimento del carattere inedito del conflitto in corso e dell’appartenenza dei presunti terroristi alla categoria atipica degli “*unlawful enemy combatants*”<sup>73</sup>; categoria in cui rientrerebbero tutte le persone che, non avendo osservato le leggi e gli usi di guerra durante le ostilità, non possono essere ammessi allo *status* di prigionieri di guerra e non possono beneficiare neanche delle diverse forme di tutela approntate tanto dal diritto internazionale umanitario quanto dal diritto internazionale dei diritti umani, le cui norme, interpretate sistematicamente, forniscono un’adeguata protezione dei più elementari diritti a tutti i soggetti che si trovino coinvolti, direttamente o indirettamente, in un conflitto armato.

Di fronte all’esigenza prioritaria di sicurezza, così, l’esperienza statunitense evidenzia una generale e grave recessione dei diritti fondamentali e con essi un vero e proprio sgretolamento dello Stato di diritto. Che si tratti di una condizione transitoria ovvero che tale condizione sia destinata a stabilizzarsi a fronte delle minacce reiterate del fondamentalismo terroristico di *Al Qaeda* è difficile prevedere<sup>74</sup>. A fronte di tale evidente regressione dei diritti costituzionali – che nell’ultimo decennio è divenuta comunque una realtà nell’esperienza U.S.A. –, soprattutto per gli immigrati, è ragionevole paventare il rischio, già tristemente evocato, di nuove ondate di “maccartismo”: sono state infatti avanzate proposte di interrogatori di massa per oltre 5000 persone giunte negli Stati Uniti con visti turistici, per il solo fatto di essere di origine araba. Il neo-eletto Presidente Obama, naturalmente, potrà scongiurare che ciò si produca, perseguendo nuove politiche di contrasto al terrorismo che rigettino le ambiguità delle guerre c.d. umanitarie e delle guerre agli “Stati canaglia” fin qui seguite dalla Presidenza Bush (invero non senza consensi della stessa società americana) per coinvolgere di più la società di quel Paese e le stesse relazioni internazionali in nuove politiche diplomatiche (dissuasive nei confronti degli Stati c.d. “canaglia”), *in unum* con un più adeguato ricorso a sistemi di *intelligence*. Una parte fondamentale di questo ritorno allo Stato di diritto è indubbiamente costituito dalla chiusura di Guantanamo, un luogo nel quale sono stati e sono violati i più elementari diritti umani, e dove i reclusi non sono considerati prigionieri di guerra né detenuti civili. Come è stato ben sottolineato, infatti, si tratta di detenuti «in base ad una mera signoria di

<sup>71</sup> Prima fra tutte la salvaguardia della libertà dalla tortura. Una prima, importante conferma dell’utilizzo di pratiche disumane perpetrate ai danni degli *unlawful enemy combatants* sottoposti alla giurisdizione delle *Military Commissions* è emersa dal c.d. “*Taguba Report*”, contenente i risultati di una indagine amministrativa interna all’esercito statunitense relativa al trattamento dei prigionieri catturati in Iraq e detenuti nelle basi militari di Abu Ghraib. Dalla documentazione in parola emerge chiaramente come i c.d. “metodi di tortura leggera” - accezione utilizzata dai massimi livelli dell’amministrazione della difesa - siano sostanzialmente identici a quelli praticati a Guantanamo. Sul punto si v. M. Otterman, *American Torture: From the Cold War to Abu Ghraib*, London, Pluto Press, 2007; H.B. Garraway C., *Military excesses?: is there a “right way” of dealing ?*, in *J. Int’l Crim. Justice*, 2004, 981-987; K. J. Greenberg, J.L. Dratel (cur.), *The torture papers: the Road to Abu Ghraib*, New York, Cambridge University Press, 2005; S. Riondato, *Profili del diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo (dopo il Nine-Eleven)*, in [www.riondato.com](http://www.riondato.com).

<sup>72</sup> Il Governo statunitense ha di fatto sostenuto che, pur controllando la base militare di Guantanamo Bay, la sovranità spetti a Cuba. Sullo *status* giuridico dei detenuti di Guantanamo si v. M. Sassoli, *The Status of Persons Held in Guantanamo under International Humanitarian Law*, in *Journ. Int’l. Criminal Justice*, 2004, 96 ss.; E. Sciso, *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2003, 111 ss.; D. Shelton, *The Legal Status of the Detainees at Guantanamo Bay: Innovative Elements in the Decision of the Interamerican Commission on Human Rights of 12 March 2002*, in *Human Rights L. J.*, 2002, 312 ss.

<sup>73</sup> La qualifica di “*enemy alien*” è stata invece utilizzata dalla Corte suprema nel già citato caso *Ex parte Quirin* (317 U.S. 1, 1942), nei confronti dei sabotatori tedeschi sottoposti al giudizio delle Commissioni militari istituite dal Presidente Roosevelt.

<sup>74</sup> Di fatto, come ha sottolineato De Vergottini, «la salvaguardia della sicurezza rischia di far riscoprire le tradizionali teoriche della ragion di stato e della necessità come giustificante la introduzione di regimi derogatori» (in *La difficile convivenza*, cit.).



fatto, sottratta a norme, a leggi, a controlli, così che gli unici connotati della decisione e della detenzione sono biopolitici. Come quelli dei *lager* nazisti, i detenuti di Guantanamo appaiono così come pure entità biologiche: viene garantita la loro sopravvivenza materiale, ma si tratta di corpi senza diritti e senza qualifica giuridica, in attesa di un destino più che di un giudizio. Come O'Brien, il torturatore di "1984", c'è da chiedersi: sono ancora uomini? E noi, possiamo ancora porci queste domande senza passare per filo-terroristi?»<sup>75</sup>.

#### 4. Recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte suprema statunitense in tema di sicurezza e libertà

Tanto brevemente richiamato, occorre ora riflettere, sempre in modo essenziale, sulla giurisprudenza adottata dalla Corte suprema nord-americana con riferimento alle questioni di legittimità costituzionale pesantemente sollevate dalle appena richiamate misure di contrasto del terrorismo. In seguito tenteremo qualche riflessione per collocare tali misure penali e processuali nel più ampio quadro costituzionale statunitense, interrogandoci sul rilievo e sulla natura derogatoria delle stesse rispetto alle garanzie costituzionali, soprattutto processuali, dell'*habeas corpus*. In tale ambito, tenteremo anche qualche bilancio dei rapporti fra Congresso e Presidente e sullo stesso altalenante ruolo di controllo svolto dalla Corte suprema.

Come si ricorderà, la Costituzione U.S.A. riconosce al Congresso il potere di dichiarare guerra e di predisporre l'intervento della milizia per far applicare le leggi dell'Unione, reprimere le insurrezioni e respingere le invasioni (art. I, sez. 8); disciplina l'*habeas corpus*, le cui garanzie non possono essere sospese se non quando, in caso di ribellione o di invasione, lo esiga la sicurezza pubblica (art. I, sez. 9); consente deroghe al diritto di difesa e la limitazione di alcune garanzie processuali per i reati compiuti dai membri delle forze armate di terra o di mare o della milizia durante il servizio attivo prestato in tempo di guerra o di pericolo pubblico (V Emendamento). A sua volta, il Presidente è Comandante in Capo dell'Esercito, della Marina degli Stati Uniti e della milizia dei diversi Stati ... ed ha anche facoltà di concedere commutazioni di pena e la grazia per tutte le infrazioni di legge commesse contro gli Stati Uniti, salvo nel caso dei procedimenti di cui all'art. II, Sez. 4 (art. II, sez. 3) ... cura che leggi siano fedelmente applicate e raccomanda all'esame del Congresso i provvedimenti che ritiene necessari e opportuni e in contingenze straordinarie può convocare entrambe o una sola delle due Camere (art. II, sez. 3).

Le disposizioni costituzionali appena richiamate evidenziano come l'ordinamento costituzionale statunitense, pur prevedendo una disciplina puntuale della deroga all'esercizio dei poteri da parte dell'organo legislativo e di quello esecutivo, nel fondo, difetti di una disciplina chiara per la gestione delle situazioni di emergenza, con la conseguenza che un simile assetto di governo presidenziale si è prestato a operare in modo più flessibile di quanto non prevedano le forme parlamentari, riconoscendosi inizialmente la centralità al Congresso e successivamente al Presidente, in una dinamica colta dalla dottrina come graduale evoluzione dal modello di *congressional government* al *presidential government*<sup>76</sup>. Una flessibilità – quest'ultima – che ha portato la dottrina costituzionale a riconoscere al Presidente il potere di adottare atti anche *contra Constitutionem* qualora finalizzati alla tutela e alla sopravvivenza della Nazione (poteri presidenziali "impliciti")<sup>77</sup> e alla Corte suprema di svolgere una delicata quanto complessa funzione

<sup>75</sup> R. Oliveri del Castello, *Diritti umani*, cit. Fra gli altri, sulle problematiche poste da Guantanamo, cfr. almeno E. Todd, *Apres l'empire*, Gallimard, 2002, trad. it. *Dopo l'impero: la dissoluzione del sistema americano*, Milano, Tropea Editore, 2003; N. Chomsky, *Dopo l'11 settembre - potere e terrore*, Milano, Tropea Editore, 2003; R. Falk, *L'eclisse dei diritti umani*, in L. Bimbi (cur.), *Not in my name. Guerra e Diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003; I. Ramonet, *Guerres du XXI siècle*, 2002, trad. it. *Il mondo che non vogliamo. Guerre e mercati nell'era globale*, Milano, Mondadori, 2003; V. Zucconi, *Così la CIA tortura i prigionieri*, in *La Repubblica*, 22 dicembre 2002; S.M. Hersh, *I piani segreti del Pentagono*, in *The New Yorker*, in *Internazionale* del 19 giugno 2003, ma anche G. Vidal, *Le menzogne dell'impero ed altre tristi verità*, Roma, Fazi, 2002; G. Agamben, *op. cit.*; G. Orwell, *Nineteen Eighty-Four (1949)*, London, Penguin Books, 1990, trad. it. *1984*, Milano, Mondadori, 1984.

<sup>76</sup> Fra gli altri, sul punto, cfr. anche G. D'Ignazio, *La forma di governo degli Stati Uniti d'America: dal Congressional Government al Presidential Government*, in S. Gambino (cur.), *Forme di governo. Esperienze europee e nord-americane*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>77</sup> Fra gli altri sul punto cfr. anche M.E. De Franciscis, *Il Presidente degli Stati Uniti. Costituzione e prassi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996.

di argine e di bilanciamento, talora ricorrendo alle stesse risalenti fonti britanniche<sup>78</sup>. Una ricostruzione di questa dinamica è stata lucidamente svolta da Geoffrey R. Stone<sup>79</sup>. La tesi affermata dallo studioso è molto chiara nonché storicamente documentata. La riferiamo con le parole dello stesso Autore: «In tempi di guerra, noi rispondiamo con eccessiva severità in termini di restrizioni delle libertà civili, e poi, successivamente, ci pentiamo del nostro comportamento»<sup>80</sup>. A voler ripercorrere a ritroso la storia politica statunitense antecedente l'11 settembre 2001, infatti, è stato sempre così. Per verificare questa tesi basta passare in rassegna l'esperienza degli Stati Uniti nel 1798, nella guerra civile, nella I guerra mondiale, nella II guerra mondiale, nella guerra fredda e nella guerra del Vietnam. Dopo l'11 settembre 2001, nel fondo, nulla cambia in tale politica, pur in presenza di forti dubbi sulla legittimità costituzionale delle misure adottate: «Dall'11 settembre 2001 in poi gli Stati Uniti hanno compiuto una serie di passi decisivi per proteggere la sicurezza della popolazione americana. Molte di queste misure sollevano dei seri problemi riguardo all'equilibrio tra sicurezza e libertà. Il Governo statunitense ha segretamente arrestato e imprigionato oltre un migliaio di individui privi di cittadinanza americana; ha deportato centinaia di non cittadini con azioni segrete; ha attenuato le limitazioni imposte da lunga data dal Ministero della giustizia alla sorveglianza dell'FBI su attività politiche e religiose; ha significativamente esteso il potere degli agenti federali di invadere la *privacy* del servizio di prestito bibliotecario e delle trasmissioni via e-mail; ha incarcerato per più di un anno un cittadino americano, arrestato sul territorio americano, e lo ha tenuto segregato, senza alcun accesso ad un avvocato difensore e senza sottoporlo ad alcun effettivo procedimento giudiziario; ed ha instaurato dei tribunali militari probabilmente privi delle adeguate tutele processuali necessarie»<sup>81</sup>.

Rispetto all'insieme delle misure di contrasto del terrorismo, particolarmente meritevole di approfondimento appare la disciplina costituzionale relativa alla riserva di giurisdizione, e con essa la questione della legittimità costituzionale delle sospensioni dell'*habeas corpus* con disciplina legislativa statale o federale. Strettamente connessa a tale garanzia costituzionale è l'ulteriore garanzia sancita dal XIV Emendamento, secondo il quale «Nessuno Stato porrà in essere o darà esecuzione a leggi che disconoscano i privilegi o le immunità di cui godono i cittadini degli Stati Uniti in quanto tali; e nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza *due process of law*, né rifiuterà ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la *equal protection of the laws*».

Se la disciplina della sospensione del privilegio costituzionale dell'*habeas corpus* (art. I, sez. 9) conosce i soli limiti della “ribellione”, della “invasione” o “la sicurezza pubblica”, può ben comprendersi come la dinamica dei poteri presidenziali di contrasto del terrorismo conosca innanzitutto l'esercizio parlamentare del potere di autorizzazione dell'Esecutivo. Rispetto alla puntuale tipizzazione costituzionale delle fattispecie emergenziali, questo sembrerebbe dover significare che le altre libertà costituzionali in ogni caso non sono riguardate da tale potere sospensivo, ancorché non possa non sottolinearsi come la vaghezza o l'astrattezza delle richiamate fattispecie costituzionali abilitanti la sospensione dell'*habeas corpus* abbiano comunque portato ad una legislazione “piuttosto disinvolta”, spostando il compito di depurarne l'illegittimità al solo vaglio della Corte suprema.

L'ambito, però, che maggiormente ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale rispetto alle limitazioni dell'*habeas corpus* è quello della già richiamata legislazione di “guerra al terrorismo” intentata dal Presidente Bush a seguito del traumatico attacco alle *Twin Towers*. Rispetto a tale legislazione sarà importante richiamare i termini essenziali della giurisprudenza della Corte Suprema intervenuta in modo sempre più chiaro e netto a partire dal 28 giugno del 2004, sia pure

<sup>78</sup> G. Passarelli, *La teoria dell'intenzione originaria e l'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America: la giurisprudenza attuale della Corte suprema degli Stati Uniti e il rimando alle fonti e alle giurisdizioni straniere tra mite prudenza o reale diffidenza (paper)*; A. Sperti, *Il dialogo fra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006.

<sup>79</sup> G. R. Stone, *Le libertà civili in tempo di guerra*, in AA.VV. (AIC), *Annuario 2003*, cit.

<sup>80</sup> *Ult. op. cit.*

<sup>81</sup> *Ult. op. cit.*, 131.

con ritardo rispetto alla vigenza della richiamata legislazione antiterroristica. La gran parte delle riviste giuspubblicistiche se ne è già occupato e pertanto qui non rimane che tentarne una sintesi, rispetto alle principali doglianze sollevate dalla difesa e più in generale dalla dottrina penalistica e costituzionale. I casi più significativi da richiamare sono: *Shafiq Rasul et Al. v. George W. Bush, President of the United States, et Al.*, No. 03-334 – Cit.: *Rasul v. Bush*, 542 U.S. (2004)<sup>82</sup>; *Fawzi Khalid Abdullah Fahad Al Odah et Al. v. United States et Al.*, No. 03-343 – Cit. *Al Odah v. United States*, 542 U.S. (2004) – deciso congiuntamente alla sentenza precedente –<sup>83</sup>; *Hamdi et Al. V. Rumsfeld, Secretary of Defense, et Al.*, n. 03-6696 - Cit.: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2004)<sup>84</sup>; *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et Al.*, n. 03-1207 – Cit.: *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. (2004)<sup>85</sup>; *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et al.*, n. 05-184, 29 giugno 2006 – Cit.: *Hamdan v. Rumsfeld*; *Boumedienne c. Bush*, 553 U.S. (2008)<sup>86</sup>, n. 06-1195 e 06-1196, sent. del 12 giugno 2008<sup>87</sup>.

Tali decisioni<sup>88</sup> della Corte suprema riguardano profili della legislazione antiterroristica oggetto di allarme e di critica negli Stati Uniti, oltre che da parte delle associazioni di sostegno dei diritti civili e dello stesso schieramento parlamentare repubblicano. Invero, è anche da ricordare come l'indirizzo accolto dalla Suprema Corte appare particolarmente netto anche in ragione della considerazione (di natura sociologica) secondo cui la composizione della Corte, presieduta da William Rehnquist, nominato da Reagan nel 1986, fosse composta in prevalenza da giudici scelti da Presidenti repubblicani. Quanto ai profili riguardati dalle censure della Corte essi riguardavano, in modo prevalente, le disposizioni adottate da Bush con il *Presidential Military Order* del 13 novembre 2001, istitutivo delle Commissioni militari chiamate a giudicare i detenuti, la qualificazione di questi ultimi come “combattenti nemici” – una formulazione, quest'ultima, che nell'intento del Governo avrebbe dovuto sottrarre tali detenuti sia al sistema giudiziario del Paese sia a quello internazionale –. In realtà, alla data delle sentenze, i detenuti di Guantanamo non erano stati nemmeno sottoposti ai processi militari, la cui legittimità ben presto era risultata più che dubbia, né erano state mosse precise imputazioni nei loro confronti. Come si è già osservato in precedenza, le sentenze ora in considerazione dettano una svolta determinante rispetto al dubbio circa la legittimità costituzionale delle misure antiterroristiche stabilite dal Presidente Bush e dunque sull'inderogabilità dei principi costituzionali dell'*habeas corpus* e del *due process of law*. Esse riguardano, fondamentalmente, come si è appena sottolineato, le garanzie dell'*habeas corpus*, cioè il controllo giurisdizionale sulle limitazioni della libertà personale stabilite dall'Esecutivo e il relativo riconoscimento a tutti i detenuti di Guantanamo, unitamente alla *due process clause* che deve conformare ogni processo, comprensivo dell'assistenza legale, della terzietà e imparzialità del giudice, dei tempi ragionevoli del processo.

Quanto ai contenuti di tale giurisprudenza, la dottrina ha convenuto nel coglierne la natura di “prudente compromesso”<sup>89</sup> all'interno degli stessi giudici supremi, come può anche osservarsi in ragione della stretta maggioranza di favore e delle *dissenting opinion* che le accompagnano. Così, nel caso *Rasul*, la Corte decide per l'assoluta incompatibilità costituzionale di un regime di

<sup>82</sup> [www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf).

<sup>83</sup> Contenuta nella stessa sent. *Rasul*.

<sup>84</sup> [www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf).

<sup>85</sup> [www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-1027.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-1027.pdf).

<sup>86</sup> [www.supremecourts.gov](http://www.supremecourts.gov).

<sup>87</sup> [www.supremecourts.gov](http://www.supremecourts.gov).

<sup>88</sup> Commentate da S. Santoli, *USA: Eppure (r)esistono*, cit.; A. De Petris, *Guantánamo: un buco nero*, cit.; E. Sciso, *Guerra al terrorismo globale e garanzie non comprimibili dei diritti umani fondamentali: l'opinione della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Riv dir. int.*, 2004, 752 ss.; M. Miraglia, *Lotta al terrorismo e diritti dei prigionieri: la Corte suprema U.S.A. richiama al rispetto dei principi costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1422 ss.; T. E. Frosini, *Lo Stato di diritto*, cit.; T. E. Frosini, C. Bassu, *La libertà personale*, cit., 94 ss.; L. Fabiano, *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte suprema nelle sentenze “Guantanamo”*, in questa *Rivista*, 2005, 104 ss.; C. Valentini, *Difesa della sicurezza, lotta al terrorismo e garanzia dei diritti fondamentali. La pronuncia della Corte suprema americana sul caso Hamdi*, in *Pol. dir.*, 2006, 497 ss.; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto*, cit.; M. E. De Franciscis, *In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantanamo: la ragion di stato e le garanzie processuali negli Stati Uniti d'America*, in *Rass. parlam.*, 2005, 427.

<sup>89</sup> A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto*, cit., 174.

reclusione astrattamente indefinita, assicurando l'estensione delle garanzie del *due process of law* anche ai detenuti privi della cittadinanza americana (si trattava di cittadini stranieri arrestati agli inizi del 2002 in Afghanistan) e rinviando alle Corti distrettuali il riesame nel merito. Quanto all'estensione a tali detenuti delle garanzie dell'*habeas corpus*, seguendo l'iter argomentativo del giudice Stevens, estensore della decisione, la risalente *ratio* garantista dell'istituto è volta a consentire il controllo della legittimità degli arresti operati dall'Esecutivo sia in tempi di pace che di guerra e ciò sia dei cittadini americani che degli *enemy aliens* (salvo poi ad accertare le conseguenze sulla giurisdizione della non completa sovranità degli U.S.A. su Guantanamo, che in ogni caso portano la Corte suprema a riconoscere "piena giurisdizione e controllo" su Guantanamo finché questi lo vorranno). Una conclusione – quest'ultima – fortemente criticata dal giudice Antonin Scalia dalla prospettiva formalistica, secondo cui una simile decisione «richiederebbe alle Corti distrettuali statunitensi di rifiutare l'esame di casi insorti fuori della propria giurisdizione ... (in tal modo consentendo) ai prigionieri catturati in uno qualsiasi dei teatri di guerra che vedono l'impegno degli U.S.A. la possibilità di adire a propria discrezione una qualsiasi delle 94 Corti distrettuali statunitensi, aggiungendo al rischio di un considerevole aggravio del sistema giudiziario americano e all'inammissibile creazione di un *forum shop* – ovvero la scelta di una giurisdizione favorevole – anche l'obbligo dei giudici di sindacare un aspetto della condotta della guerra da parte dell'esecutivo»<sup>90</sup>. Ne consegue che, se la ragionevolezza di tale ragionamento è indubbiamente bene argomentata da Scalia, ne risulta maggiormente chiara e netta la decisione della maggioranza dei giudici della Corte nel senso del *favor* da accordare alla inderogabilità del principio/valore dell'*habeas corpus*. La natura compromissoria di una simile decisione, al contrario, può essere colta appunto nella decisione della Corte di limitarsi ad affermare tale principio, rinviando per il merito alle Corti inferiori in un quadro interpretativo non chiarito relativamente alla natura dei detenuti e al regime da applicare loro, se quello dei civili o dei prigionieri di guerra<sup>91</sup>.

Lo stesso principio dell'*habeas corpus* unitamente a quello del *due process of law* trovano nella seconda di questo gruppo di sentenze della Corte suprema (*caso Hamdi v. Rumsfeld*) – in *unum* con la riaffermazione di un principio basilare del costituzionalismo liberale – una solenne affermazione della separazione dei poteri nelle situazioni di crisi. In tale cornice costituzionale s'inquadra il caso *Hamdi* (*caso Hamdi v. Rumsfeld*). Si tratta di un imputato, nato negli Stati Uniti, catturato in Afghanistan nel gennaio 2002, detenuto in isolamento da più di due anni come "nemico combattente" senza poter incontrare il suo avvocato e portare le sue ragioni innanzi a un giudice; la Corte suprema ne riconosce la legittimità delle doglianze, annullando la decisione della Corte d'appello che, a sua volta, aveva deciso fondandosi sul principio di tutela della sicurezza nazionale motivata dal Governo. La sentenza meriterebbe – come qui non è consentito – un'analisi approfondita sia delle ragioni addotte a sostegno della decisione sia delle stesse opinioni dissenzienti del giudice Scalia, non ultimo in ragione della ben strana situazione venutasi a determinare in base alla quale il giudice Stevens, estensore per la maggioranza dell'importante sentenza *Rasul*, richiamata in precedenza, decide di associarsi al *dissent* argomentato da Scalia. Come si è già detto, dunque, il rilievo particolare della sentenza è dato appunto dal riconoscimento della fundamentalità e dell'inderogabilità delle garanzie processuali nonché dell'affermazione netta secondo cui tali principi costituiscono parte integrante dei pesi e contrappesi necessari in uno Stato costituzionale negli stessi periodi di crisi o di terrorismo nei quali diviene centrale il tema della

<sup>90</sup> Ult. *op. cit.*, p. 179.

<sup>91</sup> Fra i tanti cfr. in tal senso anche A. Benazzo, Ult. *op. cit.*, 179, nonché A. De Petris, *Guantanamo: un buco nero*, cit., 22. Secondo tale studioso, «Decidendo in tal senso, la Corte Suprema U.S.A. sembra aver indirettamente fornito una risposta ai colleghi della Corte d'Appello inglese, che il 6 novembre 2002, nell'ambito del procedimento *The Queen on the application of Abbasi and another v. Secretary of State and Commonwealth Affairs et al.*, (Case No. C/2002/0617A; 0617B), riguardante il cittadino britannico Feroz Ali Abbasi, detenuto a Guantánamo, aveva osservato come in evidente violazione dei principi fondamentali riconosciuti da entrambe le giurisdizioni [quella inglese e quella statunitense] e dal diritto internazionale, al momento il Sig. Abbasi viene arbitrariamente detenuto in un "buco nero della legalità" ("*a legal black-hole*"), contestando il fatto che Mr. Abbasi debba essere sottoposto a detenzione a tempo indeterminato in un territorio sul quale gli Stati Uniti detengono il controllo esclusivo, senza alcuna opportunità di far verificare la legittimità della sua detenzione di fronte ad alcuna corte o tribunale» (26). Sul punto cfr. anche J. Steyn, *Guantanamo Bay: the Legal Black Hole*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, 2004.

sicurezza nazionale. Particolarmente illuminanti, in tal senso, appaiono le argomentazioni del giudice Sandra O'Connor nell'argomentare la funzione cruciale del controllo giudiziario rispetto alle limitazioni della libertà personale decise dall'Esecutivo. Nel caso di specie si trattava di imprigionamento di "nemici combattenti", dei quali il giudice non negava in generale la legittimità, in ragione dell'autorizzazione parlamentare al Presidente, quanto piuttosto assumeva che, nel caso di specie, non risultavano sufficientemente dimostrati i motivi sui quali si fondava tale qualificazione. D'altra parte, con specifico riferimento ai complessi bilanciamenti imposti dalla grave situazione di attentato alla sicurezza nazionale rappresentata dal Governo, osserva la O'Connor che «È proprio nei momenti più burrascosi e incerti che il dovere della nostra Nazione di fornire un giusto processo è più duramente messo alla prova; ed è in questi momenti che noi dobbiamo preservare i nostri principi, gli stessi per i quali combattiamo all'estero»<sup>92</sup>. Richiamando passaggi argomentativi di altre sentenze decise dalla Corte, la O'Connor ricorda che «uno stato di guerra non costituisce un mandato in bianco per il Presidente quando siano coinvolti i diritti dei cittadini e ... (che) qualsiasi sia il potere che la Costituzione americana conferisce all'Esecutivo quando si tratti di politica estera o di conflitti bellici, essa più di tutto prevede senza dubbio un ruolo per i tre poteri quando siano in gioco le libertà individuali»<sup>93</sup>. Ne consegue, con riferimento al caso *Hamdi*, che gli interrogatori cui il detenuto è stato sottoposto dai suoi carcerieri non configurano la ricognizione dei fatti che può essere svolta innanzi ad un decisore imparziale come assume la Costituzione quando sancisce le garanzie del *due process of law*. Garanzie che potrebbero anche essere assicurate da tribunali militari costituiti *ad hoc* nel rispetto di quanto la Convenzione di Ginevra prevede per il trattamento dei prigionieri di guerra.

Incerto nel fondo risulta l'orientamento giurisprudenziale accolto (con cinque voti favorevoli su nove) nel caso *Rumsfeld v. Padilla*.

Padilla, cittadino americano, viene arrestato a Chicago con l'accusa di coinvolgimento negli attacchi terroristici dell'11 settembre e trasferito nel carcere militare di Charleston in esecuzione del *Military Order* di Bush che lo qualificava come "combattente nemico". L'avvocato difensore di Padilla, nominato d'ufficio dalla Corte di Distretto competente, solleva innanzi alla Corte suprema ricorso di *habeas corpus* per accertare la legalità di tale detenzione. Oltre a un motivo eminentemente processuale contenuto nell'istanza, quest'ultima riguardava soprattutto l'accertamento del potere del Presidente di qualificare un cittadino americano come nemico combattente, e di mantenerlo sotto custodia militare a tempo indeterminato senza sollevare accuse nei suoi confronti. La questione di fondo è quella posta dalla legittimità dell'arresto che corrisponderebbe ad ammettere l'esistenza di uno stato di guerra sul suolo americano senza che lo stesso sia proclamato dal Congresso. I giudici della suprema Corte cercano di rispondere prendendo tempo e cioè restituendo gli atti di causa alla Corte federale del distretto di New York competente territorialmente ad accogliere l'istanza di *habeas corpus*. Quattro giudici su nove intervengono in modo argomentato e compatto nel criticare il modo di procedere dell'Esecutivo che, nel fondo, si riserverebbe il potere di decidere il foro più conveniente, violando in tal modo il principio del giudice naturale stabilito dalla legge. A questo proposito, il giudice Stevens scrive parole estremamente dure nei confronti del Governo per le modalità relative alla detenzione di Padilla, rilevando che «in questo caso è in discussione niente meno che l'essenza di una società libera, nella quale l'accesso ad un avvocato allo scopo di proteggere il cittadino dagli errori dell'amministrazione o dai maltrattamenti è il segno distintivo di un giusto processo», e concludendo per la inammissibilità della detenzione in isolamento la quale, specie se prolungata lungamente, si traduce sostanzialmente in una forma di tortura<sup>94</sup>. Sembrerebbe di poterne concludere che, ove la Corte fosse chiamata di nuovo a pronunciarsi sulla vicenda, in seguito al nuovo giudizio della Corte d'appello, la stessa potrebbe indubbiamente propendere per una decisione in senso positivo all'accoglimento dell'*habeas corpus* richiesto.

<sup>92</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633, 2647 (2004).

<sup>93</sup> *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 380 (1989).

<sup>94</sup> *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S Ct. 2711, 2735 (Stevens, *dissenting*).

In risposta alle sentenze emesse dalla Corte suprema e a seguito del clamore suscitato dal “*Taguba Report*”, contenente importanti rivelazioni sulle torture praticate nei confronti degli *enemy combatant* detenuti nelle carceri iraquene, il Governo ha provveduto alla sostituzione del vertice della prigione di Abu Ghraib, ha istituito una Commissione d’inchiesta per indagare sugli abusi commessi ai danni dei detenuti iraqueni e ha pubblicato una parte dei documenti coperti da segreto di Stato in cui sono contenute le tecniche di interrogatorio approvate dal segretario alla difesa Donald Rumsfeld. Da parte sua, il vice-segretario alla difesa Paul Wolfowitz ha ordinato l’istituzione del *Combatant Status Review Tribunal*, un tribunale *ad hoc* formato da tre ufficiali designati da una *convening authority* nominata dal Segretario alla Marina e incaricato di «accertare lo status dei detenuti catturati nel corso della *war on terror*». Nel *memorandum* del 7 luglio 2004, Wolfowitz ha anche precisato che ciascun prigioniero sarebbe stato informato, al più presto, della facoltà di avvalersi di un *personal representative* per poter accedere alla documentazione in possesso dell’Amministrazione e adire sia il *Combatant Status Review Tribunal* per accertare il proprio status (di prigioniero di guerra o di *unlawful combatant*), sia le Corti federali proponendo una *petition for writ of habeas corpus*, conformemente a quanto stabilito dalla Corte suprema nelle sue recenti pronunce.

Sorprendentemente, a dispetto dell’atteggiamento di acquiescenza manifestato dalle più alte cariche governative, il 30 dicembre 2005, su proposta dei senatori Graham e McCain, il Congresso ha approvato il *Detainee Treatment Act* (DTA), contenente una serie di disposizioni di dubbia legittimità che, oltre a porsi in aperto contrasto con la più recente giurisprudenza costituzionale, hanno comportato una ulteriore specificazione del paradigma di diritto penale del nemico.

Inoltre, sembra possibile affermare che, interpretate sistematicamente, le disposizioni contenute nella legge antiterrorismo del 2005 presentano un alto tasso di contraddittorietà. Questa si rinviene, soprattutto, dalla lettura congiunta delle *Sections* 1002, 1003 e 1004, in cui si prescrive l’obbligo per il “personale delle Alte Amministrazioni” di agire nel rispetto delle norme contenute nei manuali militari del Dipartimento della Difesa (§ 1002) e della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (§ 1003), garantendo, nel contempo, l’immunità per i colpevoli delle violenze inferte sui prigionieri nel corso degli interrogatori (§ 1004).

Sul punto, sembra quasi superfluo sottolineare come l’intento primario dell’atto consista nella legittimazione di pratiche di coercizione fisica e psicologica palesemente contrarie agli standard internazionali di protezione dei diritti umani.

L’intrinseca contraddittorietà delle disposizioni sopracitate si rinviene nella contestuale sottoposizione del personale militare al rispetto della Convenzione contro la tortura del 1984, in cui tra l’altro si offre una definizione di tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti in cui rientrerebbero, senza ombra di dubbio, tutte le tecniche legittimate dal DTA.

L’ambigua volontà di conferire piena applicazione alle norme della Convenzione di New York si rinviene tanto più nella pretesa di garantire l’immunità agli autori degli abusi perpetrati ai danni dei combattenti nemici illegali catturati nel corso del conflitto, il che contrasta apertamente con il dovere primario gravante sugli Stati membri della comunità internazionale di perseguire gli autori di tali crimini efferati e di garantire, al contempo, alle vittime di tortura un equo risarcimento per il torto subito, contribuendo alla creazione della c.d. giurisdizione universale per la protezione degli individui contro la tortura e gli altri trattamenti contrari al senso di umanità<sup>95</sup>.

La controversa legge antiterrorismo del 2005 impedisce, inoltre, alle Corti federali di esercitare la propria giurisdizione sulle *petitions for writ of habeas corpus*, indicando quale unico Tribunale competente ad accogliere le istanze promosse dai detenuti la Corte distrettuale del *District of Columbia*, precisando come la stessa possa agire esclusivamente in qualità di giudice

---

<sup>95</sup> Ai sensi dell’art. 5 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti (New York, 10 dicembre 1984) ogni Stato parte ha l’obbligo di assicurare alla giustizia gli autori di atti di tortura, qualora il reato sia stato commesso in un territorio sotto la sua giurisdizione o nel caso in cui l’autore del reato o la vittima della tortura sia un cittadino dello Stato.

d'appello rispetto alle sentenze delle *Military Commissions* e alle decisioni prese dai *Combatant Status Review Tribunals* sullo status dei prigionieri (§ 1005).

Il diritto d'appello dei detenuti viene ulteriormente ristretto, potendo essere esercitato esclusivamente in caso di condanne a meno di dieci anni di reclusione<sup>96</sup>, previo accoglimento da parte della Corte distrettuale del *District of Columbia*, che può decidere discrezionalmente effettuando un mero controllo di legittimità sulle pronunce delle Commissioni militari e dei *Combatant Status Review Tribunals*. La stessa disposizione prevede, infine, un assoluto divieto di applicare le tutele giuridiche sancite dalla Costituzione di Philadelphia agli “*unlawful enemy combatant*” prigionieri nelle carceri situate al di fuori del territorio degli Stati Uniti.

Tali previsioni contrastano in nuce con il monito espresso dalla Corte suprema nei casi *Rasul* e *Padilla*, in cui i supremi giudici hanno evidenziato come la scelta del foro ritenuto conveniente (*forum shopping*) violi il principio del giudice naturale stabilito dalla legge, oltre che il principio generale, ribadito con forza anche nella sentenza *Hamdi*, secondo cui il diritto di *habeas corpus* debba essere garantito a tutte le persone a prescindere dalla loro nazionalità e dal luogo di detenzione.

L'illegittimità della *Section 1005* del DTA è stata confermata dalla Corte suprema nella pronuncia resa il 29 giugno 2006, sul caso *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>97</sup>, in cui i supremi giudici hanno precisato, seppur indirettamente, che questo “*habeas stripping*” possa trovare applicazione esclusivamente nei casi sorti successivamente all'entrata del *Detainee Treatment Act* e non ai casi pendenti.

La Corte ha inoltre ritenuto illegittime le *Military Commissions*, non potendo ravvisare nella *Joint Resolution 23*, con cui il Congresso ha conferito al Presidente «tutti i poteri necessari a fronteggiare lo stato di emergenza», una esplicita autorizzazione ad istituire nuovi tribunali, competenza questa che spetta, in via di principio, all'Organo legislativo, secondo quanto previsto dalla stessa Costituzione. Nell'importante pronuncia, i giudici della Corte suprema hanno precisato che il Governo deve attenersi agli obblighi previsti dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, assicurando a tutte le persone catturate nel corso della guerra al terrorismo un trattamento conforme al principio di umanità e il diritto ad essere processato da una Corte regolarmente costituita.

Ciò nonostante, in risposta alla sentenza *Hamdan*, il Congresso statunitense ha approvato il *Military Commissions Act (MCA)*<sup>98</sup>, legge firmata da Bush il 17 ottobre 2006. Essa attribuisce al Presidente il potere di istituire Commissioni militari speciali, incaricate di giudicare i “combattenti

<sup>96</sup> Sulla scia della limitazione del diritto d'appello per i condannati alla pena capitale contenuta nell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, approvato nel 1996 a seguito dell'attentato terroristico di Oklahoma City.

<sup>97</sup> *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et al.*, ric. n. 05 – 184, 29 giugno 2006; commentata da V. M. Miraglia, *Lotta al terrorismo internazionale negli U.S.A.: morte e resurrezione delle military commissions*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1566 ss.; T. E. Frosini, *C'è un giudice (anche) a Guantánamo*, in questa Rivista, 2006, XXV ss.; A. Benazzo, *Il caso Hamdan: un'altra lezione della Corte suprema statunitense sul principio dei cheks and balances*, in questa Rivista, 2006; P. Passaglia, *Il fine non giustifica il mezzo: la Corte suprema statunitense dichiara illegittima la detenzione dei presunti affiliati ad Al-Qaeda*, in *Foro it.*, 2006, 606 ss.; C. Bologna, *Hamdan v. Rumsfeld: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2006, 813 ss.; R. Bartoli, *Lotta al Terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>98</sup> P.L. 109 – 366, 17 ottobre 2006. Per un commento della legge cfr. C.A. Bradley, *The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions*, in *Am. J. of Int'l L.*, 2007, 329 ss.; N. Abrams, *Developments in US Anti-terrorism Law*, in *Journ. Int'l Crim. Justice*, 2006, 1117 ss.; M.C. Dorf, *The Orwellian Military Commission Act of 2006*, in *Journ. Int'l Crim. Justice*, 2007, 10 ss.; M.D. “Max” Maxwell, S.M. Watts, “*Unlawful Enemy Combatant*”: *Status, Theory of Culpability, or Neither?*, in *Journ. Int'l Crim. Justice*, 2007, 19 ss.; J.G. Stewart, *The Military Commissions Act's Inconsistency with the Geneva Conventions: An Overview*, in *Journ. Int'l Crim. Justice*, 2007, 27 ss.; R.V. Meyer, *When a Rose is not a Rose: Military Commissions v. Courts Martial*, in *Journ. Int'l Crim. Justice*, 2007, 48 ss.; V. Fanchiotti, *Da Hamdan al Military Commissions Act 2006: la rivincita dei nemici del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 1237 ss. Precedente al MCA è lo *Usa Patriot Improvement and Reauthorization Act of 2005* (P.L. 109 – 177), (c.d. *Patriot Act II*), approvato dal Congresso il 9 marzo 2006, con cui sono state rese permanenti le disposizioni contenute nello *Usa Patriot Act 2001* relative all'intercettazione di comunicazioni sugli apparecchi telefonici intestati ai sospettati (c.d. *roving wiretap*) e alla possibilità di sequestro dei registri contabili ai sensi del *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*. Sul punto cfr. M. Mezzanotte, *USA: il rinnovo del Patriot Act*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005.

stranieri nemici illegittimi” (*Alien Unlawful Enemy Combatants*)<sup>99</sup> secondo una procedura disciplinata dallo stesso Presidente. Il MCA sancisce espressamente che «nessun combattente straniero nemico illegale soggetto a procedimento dinanzi alle Commissioni militari può invocare le Convenzioni di Ginevra come fonte di diritti» (*Section 3*, par. 948b(g)) e conferisce al Presidente piena autorità per interpretare le quattro Convenzioni del 1949 (*Section 6(a)*, 3, B).

Riproducendo, nella sostanza, la formula prevista nell’Ordine presidenziale del 13 novembre 2001, il *Military Commission Act* stabilisce che «nessuna Corte o giudice avrà giurisdizione per ascoltare o prendere in considerazione una istanza di *habeas corpus* promossa da o con l’aiuto di uno straniero detenuto dagli Stati Uniti che è stato definito dal Governo come “combattente straniero nemico illegittimo” o è in attesa di tale definizione», estendendo l’applicabilità di tale disposizione anche ai casi pendenti prima dell’entrata in vigore del *Detainee Treatment Act 2005*, facendo salva, ancora una volta, la competenza della Corte distrettuale del *District of Columbia* (*Section 7*). Nonostante la legge affermi esplicitamente che le Commissioni militari possono essere considerate alla stregua di «Cort(i) costituit(e) regolarmente, salvaguardando tutte le “garanzie che sono riconosciute come indispensabili ai popoli civili”, come stabilito dall’art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra» (*Section 3*, par. 948b(f)), un’analisi più approfondita delle successive norme rivela, *in primis*, un *deficit* dei requisiti di imparzialità e indipendenza di tali organi speciali, dal momento che si prevede la possibilità che questi possano essere riuniti dal Segretario alla difesa (*Section 3*, par. 948h) e si riconosce all’Amministrazione il potere discrezionale in ordine all’assegnazione dei soggetti processuali alle Commissioni militari (*Section 3*, par. 948k). Non solo, la legge prevede numerose deroghe alle regole procedurali applicate agli ordinari Tribunali militari, negando la possibilità agli imputati di beneficiare dei riti abbreviati e permettendo all’accusa di avvalersi di documenti coperti da segreto di Stato per formulare accuse nei confronti dei soggetti incriminati, senza l’obbligo di mostrare le prove raccolte.

Infine, è dato evidenziare come nonostante la *Section 3*, par. 948r(b), vieti alle *Military Commissions* di ammettere l’utilizzabilità di prove testimoniali estorte mediante tortura o tecniche di interrogatorio configurabili alla stregua di trattamenti crudeli, inumani o degradanti, i successivi commi del medesimo paragrafo consentono tale possibilità qualora l’utilizzo della coercizione per l’ottenimento della dichiarazione «possa essere messo in discussione». Nessun esplicito divieto in tal senso è previsto, invece, per i casi anteriori all’entrata in vigore del DTA (*Section 3*, par. 948r(d)).

Il macchinoso tentativo di conformarsi alle sentenze della Corte suprema da un punto di vista meramente procedurale – mediante una estensione dei poteri di guerra del Presidente, operata con legge dal Congresso –, violando, nel contempo, i principi sostanziali affermati con forza dalla suprema Corte – quali il dovere di assicurare a tutti i prigionieri, a prescindere dalla loro nazionalità e dal luogo di detenzione, il diritto di *habeas corpus*, le garanzie della *due process clause* e la protezione offerta dal diritto umanitario –, ha trovato ulteriore specificazione in due ordini esecutivi, emanati dal Presidente Bush a seguito dell’approvazione, da parte del Segretario alla Difesa, del nuovo Manuale di procedura per le Commissioni militari (*Manual for Military Commissions*)<sup>100</sup>.

A dispetto delle censure di incostituzionalità sollevate dalla Corte suprema nel caso *Hamdan*, l’*Executive Order 13425 “Trial of Alien Unlawful Enemy Combatants by Military Commission”*, del 14 febbraio 2007, ha istituito nuovamente il sistema penale speciale basato sulle Commissioni militari, la cui procedura è stata preventivamente disciplinata dal citato *Manual for Military Commissions*. Quest’ultimo ha previsto la creazione di Commissioni militari di prima e seconda istanza, limitando, tuttavia, la competenza delle *Courts of Military Commission Review* – composte

<sup>99</sup> La cui definizione viene peraltro chiarita (anche se in modo insufficiente) dalla legge stessa. Sono pertanto considerati *combattenti stranieri nemici illegittimi* coloro che compiono atti ostili nei confronti delle forze militari statunitensi e delle forze militari alleate; favoriscono i combattenti stranieri nemici illegittimi, pur non rientrando in principio in tale categoria; coloro che sono stati riconosciuti tali da un *Combatant Status Review Tribunal* o da un qualsiasi organo giurisdizionale istituito dal Presidente o dal Segretario alla Difesa.

<sup>100</sup> *Manual for Military Commissions*, 18 gennaio 2007.



da almeno tre giudici militari –, ad un mero controllo di legittimità sulle pronunce emesse dalle Commissioni di primo grado. Resta salva la competenza della Corte distrettuale del *District of Columbia* a pronunciarsi sugli eventuali ricorsi promossi avverso le decisioni delle giurisdizioni militari di seconda istanza, nonché la possibilità di adire la Corte suprema mediante una *petition for writ of certiorary*.

L'*Executive Order "Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency"*, firmato il 20 luglio 2007, stabilisce, invece, in cosa consiste una violazione dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra. In realtà, l'ordine non elenca le tecniche vietate ma ribadisce che le stesse possono considerarsi legittime qualora non comprendano la tortura, come definita dall'ordinamento statunitense (18 US Code, *Sections* 2340 e 2441(d))<sup>101</sup> secondo l'interpretazione offerta dallo stesso Presidente. Tale previsione ha conferito, pertanto, maggiore "pubblicità" alla precedente modifica della *Sec. 2441* del *Federal Anti-Torture Statute*, operata dal *Military Commissions Act*, con cui era stato codificato il potere discrezionale del Presidente in ordine all'interpretazione delle norme di diritto internazionale umanitario<sup>102</sup>.

La superiorità del valore dei diritti fondamentali e della legalità costituzionale rispetto alla necessità di salvaguardare la sicurezza nazionale è stata, tuttavia, recentemente ribadita dalla Corte suprema degli Stati Uniti nella sentenza del 12 giugno 2008, resa nel caso *Boumediene v. Bush*<sup>103</sup>.

La Corte suprema, accogliendo la *petition for writ of certiorari* presentata avverso una sentenza della Corte d'appello del *Columbia Circuit*<sup>104</sup>, è stata chiamata a valutare l'adeguatezza e l'effettività dei rimedi predisposti in favore degli *unlawful enemy combatants* dal Congresso e dal Governo mediante l'approvazione del *Military Commissions Act* e la disciplina ad esso correlata. Ribaltando completamente la decisione della *Court of Appeals*, i supremi giudici hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale della *Section 7* del MCA, che nega ai nemici combattenti illegittimi il diritto a promuovere una istanza di *habeas corpus* dinanzi alle Corti federali statunitensi. Secondo quanto evidenziato dal supremo Organo, privare le Corti federali della giurisdizione sui ricorsi per *habeas corpus* equivale ad una violazione della *suspension clause* contenuta nell'art. I, *sec. 9* della Costituzione statunitense, che può essere considerata «come un importante strumento di controllo giudiziario sulla discrezionalità di cui gode l'Esecutivo nel campo della detenzione». Lo scrutinio effettuato dalla Corte in merito alla corretta applicazione della *suspension clause* permette, infatti, di verificare il rispetto del principio di separazione dei poteri, a prescindere da considerazioni di natura territoriale relative all'applicazione della Costituzione, atteso che il problema dell'efficacia extraterritoriale delle garanzie costituzionali non deve essere valutato, ad avviso dei supremi giudici, rispetto all'estensione territoriale dell'applicazione delle norme in essa contenute. Esso concerne, piuttosto, l'individuazione di quali «of its provisions were applicable by way of limitation upon the exercise of executive and legislative power in dealing with new conditions and requirements»<sup>105</sup>.

Entrando nel merito della valutazione della efficacia dei rimedi approntati dalla più recente legislazione antiterrorismo, la suprema Corte ha evidenziato, innanzitutto, la nebulosità della definizione di *unlawful enemy combatant* e delle modalità attraverso cui il *Combatant Status Review Tribunal* attribuisce tale qualifica. Su tali basi, la Corte ha riaffermato la necessità di estendere l'esercizio del diritto all'*habeas corpus* anche ai nemici combattenti, disponendo che, nel caso in cui tale diritto venga loro negato per un qualsiasi motivo, è doveroso garantire un rimedio alternativo "adeguato ed effettivo". Tale non è, ad avviso dei supremi giudici, il riconoscimento

<sup>101</sup> *Federal Anti-Torture Statute* (18 USC), Chapter 118 - War Crimes.

<sup>102</sup> *Implementation of Treaty Obligations* (Pub. L. 109-366, Sec. 6(a), Oct. 17, 2006, 120 Stat. 2632).

<sup>103</sup> *Boumediene c. Bush*, 553 U.S. (2008), n. 06-1195 e 06-1196, 12 giugno 2008, con commento di N. Napoletano, *Il ripristino dell'habeas*, cit.

<sup>104</sup> Cfr. U.S. Court of Appeals (District of Columbia Circuit), *Boumediene v. Bush e Al Odah v. United States*, 20 febbraio 2007, con commento di M. Anderson, *Boumediene v. Bush: Flashpoint in the ongoing Struggle to determine the Rights of Guantanamo Detainees*, in *Maine L. Rev.*, 2008, p. 236 ss.

<sup>105</sup> In conformità a quanto stabilito dai giudici costituzionali nel caso *Balzac v. Porto Rico*, 258 U.S. 298 (1922), 10 aprile 1922.

della competenza giurisdizionale alla Corte d'appello per il *D.C. Circuit* di pronunciarsi esclusivamente sulla legittimità della decisione emessa dal *Combatant Status Review Tribunal*, e non anche sulla legittimità della detenzione in sé, il che permetterebbe, eventualmente, di poter ordinare l'immediata scarcerazione del soggetto trattenuto illegalmente.

Con la sentenza in parola, pertanto, la Corte ha nuovamente affermato l'applicabilità del diritto all'*habeas corpus* nei confronti dei detenuti di Guantanamo, considerato un territorio sottoposto alla piena giurisdizione degli Stati Uniti, senza precisare, tuttavia, se la sospensione dell'antico privilegio possa continuare ad essere applicata nei confronti dei detenuti delle carceri situate in Iraq e in Afghanistan, dove gli Stati Uniti non esercitano la propria sovranità e senza affrontare la questione relativa all'applicazione delle tutele giuridiche offerte dal diritto internazionale umanitario a "tutte le persone" catturate nel corso della "war on terror".

##### 5. Sicurezza e libertà. L'esperienza canadese.

Per ragioni puramente geografiche, ma anche in virtù dei legami di natura politica, economica e culturale che legano le due grandi potenze del Nord America, dopo gli stessi Stati Uniti, il Canada è stato il Paese che, nell'immediato, ha subito maggiormente l'impatto traumatico dell'attacco terrorista dell'11 settembre 2001<sup>106</sup>. Basti pensare che nella strage terroristica dell'11 settembre 25 cittadini canadesi hanno perso la vita e molti altri civili sono rimasti gravemente feriti. Inoltre, il Canada, al pari degli Stati Uniti, registrava già da tempo la presenza sul proprio territorio di gruppi terroristici capaci di mettere in serio pericolo l'integrità della Nazione<sup>107</sup>. Pertanto, all'indomani degli attacchi terroristici alle Torri Gemelle, il Governo canadese si è impegnato a rafforzare i controlli sul confine con gli USA, garantendo nel contempo gli scambi commerciali. Soltanto a distanza di un mese dalla strage di New York, è stato presentato un disegno di legge per contrastare il terrorismo: il *Bill C-36*<sup>108</sup>, che in realtà era presente nell'agenda governativa già prima dell'attentato. Il *Bill* ha ricevuto l'approvazione del Parlamento a seguito di accesi dibattiti, diventando legge il 18 dicembre 2001. L'*Anti-Terrorism Act* canadese<sup>109</sup> definisce il crimine di terrorismo, amplia le fattispecie criminose riconducibili a tale reato e rafforza i poteri investigativi per prevenire futuri disastri.

A seguito dell'approvazione parlamentare, il Dipartimento di giustizia ha affermato che gli obiettivi principali della normativa antiterrorismo canadese consistono nell'identificare, perseguire, punire i terroristi; nel garantire maggiori poteri investigativi ai pubblici poteri e alle agenzie governative; nel combattere il terrorismo soprattutto attraverso la confisca dei beni e la sanzionabilità della propaganda all'odio espressa attraverso i mezzi di comunicazione e mediante internet; nel perseguire, al contempo, i reati di danno ai luoghi di culto o a beni di organizzazioni religiose. Di fatto, la legge antiterrorismo ha inserito, nello stesso Codice penale, nuovi reati relativi al finanziamento e a qualunque altra attività di sostegno al terrorismo. Per tali reati (consistenti nel fornire ai terroristi sostegno finanziario, mettere a loro disposizione beni, effettuare operazioni o offrire servizi finanziari con riguardo a beni che appartengono o che sono comunque nella disponibilità dei terroristi, istruire o accrescere le altrui capacità per la realizzazione di attività terroristiche, dare alloggio o nascondere terroristi), che prevedono pene detentive particolarmente rigorose, è richiesta, quale presupposto indefettibile, la consapevolezza dell'agente.

<sup>106</sup> In tal senso cfr. D. Jenkins, In *Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British and American Anti-Terrorism Law*, in *Saskatchewan L. Rev.*, 2003, 419-454.

<sup>107</sup> Cfr. D. Jenkins, *op. cit.*

<sup>108</sup> S.C. 2001, c. 41.

<sup>109</sup> Per una puntuale analisi della risposta canadese all'emergenza terroristica in dottrina italiana si v. T. Groppi, *Dopo l'11 settembre. La via canadese per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quad. cost.*, 2005, 573 ss.; C. Bassu, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in T. Groppi (cur.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; P. Petrillo, *Forma di governo e legislazione antiterrorismo in Canada. Spunti di riflessione comparata sul ruolo dei Parlamenti al tempo dell'emergenza permanente*, in T. Groppi (cur.), *ult. op. cit.*; E. Pedilarco, *Privacy e sicurezza dopo l'11 settembre 2001. Il trattamento dei dati dei passeggeri aerei tra Unione Europea, Stati Uniti e Canada*, in T. Groppi (cur.), *ult. op. cit.*; N. Scattone, *La disciplina dell'immigrazione in Canada: tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in T. Groppi (cur.), *ult. op. cit.*

L'Anti-Terrorism Act canadese ha introdotto, inoltre, nel Codice penale, una sezione interamente dedicata al terrorismo, fornendo, per la prima volta, una definizione esaustiva di "attività terroristica". Secondo quanto previsto dall'art. 83.01 della legge in parola «ogni azione od omissione, commessa dentro o fuori dal Canada: per un fine, un obiettivo, od una causa di natura politica, religiosa o ideologica; per rendere insicura la popolazione o una sua parte, o di costringere una persona, un governo od un'organizzazione nazionale o internazionale a compiere un atto o ad astenersi dal compierlo; che metta in pericolo la vita di una persona, o provocarle lesioni o determinarne la morte; che comprometta gravemente la salute o la sicurezza della popolazione; che causi consistenti danni materiali, mettendo in pericolo vite umane o causando rischi per la salute o la sicurezza; che comporti gravi interferenze od interruzioni nei servizi essenziali, pubblici o privati» si configura alla stregua di attività terroristica<sup>110</sup>. Quanto ai gruppi terroristici, è interessante notare come venga affidato al Governo il compito di stilare, ad anni alterni, un elenco di realtà anche solo sospettate di aver svolto o di aver agevolato attività terroristiche<sup>111</sup>.

La legge antiterrorismo rafforza in misura significativa i poteri investigativi della polizia e del giudice: alla prima è permesso di procedere, anche in assenza di un previo mandato del giudice, all'arresto di soggetti sospettati di essere sul punto di commettere un reato a carattere terroristico (*preventive arrest*), limitato a 24 ore prorogabili di altre 48 con l'assenso del giudice, essendo altresì riconosciuta la possibilità di utilizzare la sorveglianza elettronica per un anno (anziché, come di regola, per sessanta giorni), senza dover dimostrare la natura imprescindibile o meno di tale strumento investigativo rispetto ad altri meno invasivi. Al giudice è invece consentito, su iniziativa degli organi di pubblica sicurezza e con il preventivo assenso del Procuratore Generale, di obbligare a testimoniare chiunque ritenga possa fornire informazioni utili ai fini delle indagini, essendogli peraltro conferiti ampi poteri discrezionali di fronte al silenzio della persona interrogata (*investigative hearing*).

Tuttavia, la legislazione canadese contiene delle previsioni specifiche atte a prevenire gli abusi dei pubblici poteri nell'applicazione delle suddette procedure. Il Procuratore Generale del Canada e i Ministri competenti hanno l'obbligo di stilare annualmente un rapporto in cui si rende noto l'esatto numero dei casi in cui è stata attuata la procedura del *preventive arrest* e la durata del periodo detentivo cui i soggetti sono stati sottoposti prima di essere rilasciati dalle forze di polizia.

La normativa antiterrorismo è anche sottoposta ad una *sunset clause* in virtù della quale le misure attuate decadranno automaticamente dopo 5 anni dall'applicazione effettiva, o potranno eventualmente essere rinnovate a seguito di accertamenti specifici. Tale previsione tende senza dubbio ad assicurare che le misure eccezionali poste in essere dalle pubbliche autorità non diventino "normalizzate" e contribuisce all'armonizzazione della legislazione canadese con gli obblighi internazionali in materia di gestione degli stati d'emergenza<sup>112</sup>.

Com'è noto, infatti, con l'adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* del 1982<sup>113</sup>, la Costituzione canadese non è stata dotata di congegni specifici atti a fronteggiare situazioni di emergenza, ma ha introdotto nell'ordinamento due meccanismi, quali la *reasonable limit clause* (art. 1) e la *notwithstanding clause* (art. 33)<sup>114</sup>, volti ad evitare un eccessivo attivismo

---

<sup>110</sup> Cfr. D. Jenkins, *op. cit.*

<sup>111</sup> Cfr. D. Jenkins, *op. cit.*

<sup>112</sup> Cfr. E. Gross, *The Struggle of Democracy against Terrorism; Lessons from the United States, the United Kingdom, and Israel*, Charlottesville, VA, University of Virginia Press, 2006.

<sup>113</sup> Mcleod, Takach, Morton, Segal, *The Canadian Charter of Rights*, Toronto, Carswell, 1983, 21-1; G.-A. Beaudoin (cur.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 2003, Carswell, 900; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1997, 1211; W. S. Tarnopolsky, *The New Canadian Charter of Rights and Freedoms as Compared and Contrasted with the American Bill of Rights*, in *Human Rights Q.*, 1983, 227-274.

<sup>114</sup> H. Leeson, *Section 33, the Notwithstanding Clause: A Paper Tiger?*, in *Choises*, June 2000, 1 ss.; J.D. Whyte, *On Not Standing for Notwithstanding*, in *Alberta L. Rev.*, 1990, 347 ss.; D. Greschner, K. Morman, *The Courts and Section 33*, in *Queen's L. J.*, 1987, 12, 155 ss.; K. J. McMahon, *Notwithstanding the Notwithstanding Clause: Political Regimes and Constitutional Politics in the United States and Canada*, in *Can. Foreign Policy*, 2005/2006, 45 ss.; T.S. Axworthy, *The Notwithstanding Clause: Sword of Democles or Piper Tiger?*, in *Policy Options*, 2007, 58 ss.; P.H. Russel, *The Notwithstanding Clause: the Charter's Homage to Parliamentary Democracy*, in *Policy Options*, 2007, 65 ss.; A. Benazzo, *Notwithstanding clause e federalismo*, in *Amministrare*, 2002, 23 ss.; G. Gerbasi, *La clausola nonostante quale strumento per la tutela dei valori delle comunità provinciali*, in G. Rolla

da parte dei giudici mediante l'attribuzione di un ampio margine discrezionale al legislatore – sia federale che provinciale – in ordine alla limitazione dei diritti costituzionalmente tutelati. L'articolo 1 della Costituzione consente di apportare limiti ai diritti garantiti purché ragionevolmente ed evidentemente giustificabili in un “ordinamento libero e democratico”, permettendo, tuttavia, al potere giudiziario, di valutare la portata della limitazione nel singolo caso di specie mediante l'applicazione del *rational connection test* elaborato dalla Corte suprema nel celebre caso *Oakes*<sup>115</sup>. L'articolo 33 prevede l'esercizio, da parte del legislatore federale e di quello provinciale, dell'*override power*, che permette di approvare una legge (a maggioranza semplice) in cui si può derogare espressamente alle garanzie della libertà di religione e di pensiero, di riunione e di associazione (art. 2), al diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza e ai più elementari diritti legali (artt. 7-14), nonché al principio di eguaglianza (art. 15)<sup>116</sup>. La *notwithstanding clause* sospende, di fatto, qualsiasi effetto derivante da una eventuale pronuncia di incostituzionalità della legge per un periodo massimo di 5 anni, prorogabili mediante una nuova votazione.

La previsione puntuale dei poteri di emergenza è contenuta, invece, nell'*Emergencies Act* del 1988<sup>117</sup>, in cui si prevedono quattro ipotesi di emergenza nazionale: calamità naturale o disastro ambientale (*public welfare emergency*), grave minaccia alla sicurezza nazionale (*public order emergency*), emergenza internazionale scaturita da un attacco armato o dalla minaccia di un attacco armato (*international emergency*), coinvolgimento diretto in un conflitto bellico (*war emergency*). Secondo quanto previsto dalla suddetta legge, il Governo ha la facoltà di dichiarare lo stato di emergenza, previa consultazione degli esecutivi provinciali, solo qualora sia in grado di dimostrarne la effettiva necessità sulla base di “motivazioni ragionevoli”. Pur avendo effetti immediati, la dichiarazione d'emergenza dovrà essere convalidata da entrambe le Camere del Parlamento e decadrà automaticamente entro un periodo di tempo diverso a seconda dello stato di emergenza proclamato<sup>118</sup>. Tuttavia, a differenza di quanto accaduto negli Stati Uniti d'America, a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, il Governo canadese non ha proclamato formalmente lo stato di emergenza, scegliendo tuttavia di emanare, al pari dell'alleato statunitense e della maggior parte degli ordinamenti democratici contemporanei, una normativa specifica sotto forma di legge ordinaria per contrastare il fenomeno terroristico.

Il punto più problematico della legislazione antiterrorismo canadese è costituito dalla modifica del *Canada Evidence Act/Loi sur la preuve au Canada*<sup>119</sup>, che regola la procedura penale e civile delle Corti federali, con l'introduzione della possibilità per il Procuratore Generale di vietare la divulgazione delle informazioni relative alle persecuzioni di atti terroristici nell'ambito delle relative procedure giudiziarie, se queste possono nuocere alla sicurezza nazionale o alle relazioni

---

(cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè, 2000, 145; M. R. Radiciotti, *Protezione dei diritti fondamentali, judicial review e notwithstanding clause in Canada*, in G. Rolla (cur.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale statunitense*, Milano, Giuffrè, 2008, 195 ss.

<sup>115</sup> *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, in cui la Corte suprema ha stabilito che le eventuali limitazioni ai diritti costituzionalmente protetti sono giustificabili in una “società libera e democratica” solo quando l'obiettivo perseguito dai pubblici poteri è sufficientemente importante (*sufficiently important*): le misure devono essere eque e non arbitrarie, accuratamente progettate per raggiungere l'obiettivo in questione e razionalmente collegate a tale obiettivo. Inoltre, i mezzi dovrebbero ledere il diritto in questione il meno possibile.

<sup>116</sup> L'atto in questione deve infatti contenere una esplicita dichiarazione che indichi con precisione i diritti cui si intende derogare. Una simile condizione di legittimità della misura di sospensione dei diritti fondamentali è prevista, altresì, nell'ordinamento tedesco che, all'art. 19 § 1 della Legge Fondamentale di Bonn, prevede la possibilità di apportare limitazioni ai diritti costituzionalmente tutelati, purché tale possibilità sia prevista esplicitamente dalla Costituzione e soltanto mediante l'approvazione di una legge che indichi il diritto leso e l'articolo cui si intende derogare.

<sup>117</sup> S.C., 1988, c. 29. Per un'analisi si v. L. Weinrib, *Emergency in Canadian Constitutional Law (XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal, August 1990)*, in *Contemporary Law Proceedings*, Montreal, 1991; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto*, cit.

<sup>118</sup> Dopo 90 giorni per le *public welfare emergencies* (section 7); dopo 30 giorni per le *public order emergencies* (section 18); dopo 60 giorni per le *international emergencies* (section 29); dopo 120 giorni per le *war emergencies* (section 129), a meno che lo stato di emergenza non venga prorogato dal Parlamento mediante apposita votazione.

<sup>119</sup> R.S.C. 1985, c. C.-5.

internazionali del Canada. Contro tale procedura è comunque ammesso il ricorso ai giudici federali che però potranno decidere anche in una seduta a porte chiuse<sup>120</sup>.

La Corte suprema canadese ha avuto modo di pronunciarsi in merito alla corretta interpretazione delle modifiche apportate al *Canada Evidence Act* dalla legge antiterrorismo del 2001 nel celebre caso di Omar Khadr<sup>121</sup>, cittadino canadese detenuto nelle prigioni di Guantanamo e sottoposto all'autorità delle Commissioni militari istituite dal *Military Order* del Presidente Bush del 13 novembre 2001, con l'accusa di terrorismo internazionale e omicidio volontario.

Khadr fu catturato in Afghanistan il 27 luglio 2002, all'età di 15 anni, per aver preso parte ad azioni terroristiche dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001 a New York e a Washington e per aver ucciso un soldato americano. Nel 2003, alcuni agenti del *Service canadien du renseignement de sécurité* hanno coadiuvato le autorità americane nell'attività di indagine, interrogando il detenuto a Guantanamo e fornendo le informazioni ottenute nel corso degli interrogatori. Nel 2005 i difensori di Khadr hanno presentato richiesta di accesso ai documenti in possesso del Governo canadese al fine di trarne utili spunti e contrastare le accuse pendenti, invocando espressamente i principi sanciti dalla Corte suprema nel caso *Stinchombe*<sup>122</sup>. La Corte federale ha respinto prontamente la richiesta<sup>123</sup>, mentre la Corte d'appello ha accolto il ricorso di Khadr stabilendo che tutte le copie dei documenti più rilevanti dovessero essere prodotte davanti alla Corte federale per una revisione ai sensi dell'art. 38 del *Canada Evidence Act*<sup>124</sup>. Il Ministro della giustizia, opponendosi a tale pronuncia, ha promosso un ricorso alla Corte suprema che, con sentenza del 23 maggio 2008, ha confermato la pronuncia resa dalla Corte d'appello federale.

Nella sua motivazione, la Corte suprema ha evidenziato che i principi di diritto internazionale che regolano i rapporti tra le Nazioni e che esigono, normalmente, che un rappresentante canadese in missione all'estero accetti le leggi dello Stato ospitante potrebbero, in determinate circostanze, rendere nulla l'attuazione dei principi sanciti dalla *Charter of Rights and Freedoms*. Tuttavia, nel caso di specie, le suddette regole internazionali non possono trovare applicazione, dal momento che, secondo quanto sancito dalla stessa Corte suprema degli Stati Uniti, la procedura utilizzata dalle *Military Commissions* nei confronti dei detenuti di Guantanamo contrasta con i principi costituzionali dell'ordinamento statunitense e con il diritto internazionale umanitario<sup>125</sup>. Pertanto, data la partecipazione attiva degli agenti canadesi ad una procedura che contrasta in nuce con gli obblighi internazionali assunti dal Governo canadese in materia di protezione dei diritti dell'uomo, nel caso di specie deve trovare concreta applicazione l'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà che, imponendo il rispetto dei principi di giustizia fondamentale, prescrive un chiaro obbligo di comunicazione all'imputato del materiale probatorio in possesso delle autorità canadesi<sup>126</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la tutela del diritto degli stranieri a non essere espulsi verso Paesi in cui correrebbero un rischio reale di essere sottoposti a tortura, è dato evidenziare come nonostante l'art. 12 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* vieti espressamente i trattamenti contrari al senso di umanità<sup>127</sup>, la Corte suprema abbia deciso di valutare la questione

<sup>120</sup> Cfr. I. Cotler, *Terrorism, Security and Rights: The Dilemma of Democracies*, in *Nat'l J. Const. L.*, 2002, 13 ss.; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto*, cit., 68 ss.

<sup>121</sup> *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28.

<sup>122</sup> *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. In tale caso i giudici supremi avevano ricondotto il diritto ad essere informati sulle prove a proprio carico ai principi sanciti dall'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà.

<sup>123</sup> [2006], 290 F.T.R. 313, 2006 CF 509.

<sup>124</sup> [2008] 1 R.C.F. 270, 2007 CAF 182.

<sup>125</sup> La Corte suprema canadese ha invocato espressamente le sentenze *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) e *Hamdan c. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006).

<sup>126</sup> Per quanto riguarda, in particolare, l'applicazione extraterritoriale delle garanzie giuridiche sancite nella Carta dei diritti e delle libertà, la Corte suprema canadese ha richiamato i principi sanciti nella sentenza *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, 2007 CSC 26, in cui i giudici della Corte suprema avevano stabilito che le norme internazionali che limitano l'applicazione extraterritoriale del diritto interno non possono giustificare la partecipazione del Canada ad attività di uno Stato estero che contrastano con gli obblighi internazionali assunti dal Governo canadese.

<sup>127</sup> Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale canadese in materia di interpretazione e applicazione dell'art. 12 della Carta dei diritti e delle libertà sia consentito rinviare ad A. Scerbo, *La protezione contro pene crudeli ed inusitate nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (cur.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, 475-502.

alla luce dei principi sanciti dall'art. 7, al pari di quanto avvenuto nel caso *Burns*<sup>128</sup>, relativo all'extradizione di un soggetto che rischiava di essere condannato alla pena di morte negli Stati Uniti.

Com'è noto, a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, per rendere maggiormente efficace la lotta al terrorismo, il Parlamento canadese ha ritenuto opportuno modificare la previgente normativa in materia di immigrazione mediante l'approvazione dell'*Immigration and Refugee Protection Act/Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*<sup>129</sup>, anziché introdurre una serie di misure *ad hoc* nell'*Antiterrorism Act* del 2001.

In sostanziale linea di continuità con quanto previsto dalla *Loi sur l'immigration* del 1985<sup>130</sup>, l'*Immigration and Refugee Protection Act* tende a promuovere, a livello internazionale, la giustizia e la sicurezza, «vietando l'ingresso sul territorio canadese di quanti potrebbero costituire un pericolo per la sicurezza della Nazione» (art. 3, lett. i)<sup>131</sup>.

La sezione IV della nuova legge in materia di immigrazione elenca i casi che comportano il divieto di ingresso nel territorio canadese e stabilisce che le misure di espulsione possano essere attuate qualora vi siano “motivi ragionevoli” di credere che le azioni dello straniero rientrano (o potrebbero rientrare in futuro) tra le condotte vietate agli artt. 34-37<sup>132</sup>. Più in particolare, l'art. 34 § 1 enumera espressamente le ipotesi che comportano l'allontanamento dello straniero dal territorio del Canada per ragioni di sicurezza: compiere atti di spionaggio o di sovversione delle istituzioni democratiche, compresa l'istigazione a commettere tali azioni (lett. a e b); compiere atti di terrorismo (lett. c); costituire un pericolo per la sicurezza del Canada (lett. d); commettere azioni violente in grado di recare pericolo alla vita o alla sicurezza altrui (lett. e); appartenere ad un'organizzazione che svolga, abbia svolto o possa svolgere in futuro una delle attività di cui alle lett. a, b o c. Inoltre, conformemente a quanto sancito dall'art. 33 § 2 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati<sup>133</sup>, che prevede una deroga al principio generale del *non-refoulement*<sup>134</sup>, l'art. 110 § 1 lett. f dell'*Immigration and Refugee Protection Act* canadese prevede, tra le cause di irricevibilità delle richieste di asilo, il provvedimento di interdizione dal territorio per ragioni di sicurezza.

L'art. 77 della nuova legge canadese in materia di immigrazione attribuisce al Ministro della sicurezza pubblica e al Ministro della cittadinanza e dell'immigrazione il potere di emanare un *security certificate* per estromettere dal territorio canadese un immigrato o un residente permanente, qualora vi siano ragionevoli motivi di credere che questi possano costituire una minaccia per la sicurezza del Paese e per i cittadini canadesi, sulla base delle informazioni raccolte dal *Canadian Security Intelligence Service*<sup>135</sup>.

In attesa della pronuncia della Corte federale in merito alla prosecuzione della misura di allontanamento, per lo straniero immigrato è prevista la detenzione d'ufficio (art. 82 § 1), mentre per il residente permanente è previsto un mandato d'arresto e il conseguente obbligo per il giudice federale di esaminare la legittimità della reclusione entro 48 ore dall'arresto (art. 83 § 1). Ai sensi

<sup>128</sup> *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

<sup>129</sup> L.C. 2001. La legge ha ricevuto il *Royal Assent* l'11 novembre 2001 ma è entrata in vigore il 28 giugno 2002, per consentire la predisposizione della normativa di dettaglio.

<sup>130</sup> L.R.C. 1985, che ha modificato l'*Immigration Act* del 1976.

<sup>131</sup> Già l'*Immigration Act* del 1976 prevedeva la possibilità di espellere gli immigrati “*found inadmissible on national security grounds*”. Per un ulteriore approfondimento si v. A. De Mestrai, *Position of Aliens in Canadian Law*, in J. Frowein, T. Stein, *Le régime juridique des étrangers en droit National et International*, Heidelberg-Berlino, Springer-verlag, 1987; J. Grey, *Immigration Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 1985.

<sup>132</sup> Le condotte vietate sono le seguenti: essere autori di crimini di guerra e contro l'umanità (art. 35); appartenere ad una organizzazione criminale (art. 36); compiere qualsiasi tipo di attività che sia riconducibile alla criminalità organizzata (art. 37).

<sup>133</sup> L'art. 33 § 2 dispone: «The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country».

<sup>134</sup> Il principio del *non-refoulement* prevede l'obbligo di non estradare, espellere o respingere (“*refouler*”) dal territorio di uno Stato uno straniero che, tornando nel proprio Paese di origine, correrebbe un rischio reale di essere perseguitato e di subire trattamenti contrari al senso di umanità. Tale obbligo è sancito, oltre che dall'art. 33 § 1 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura.

<sup>135</sup> Istituito dall'*Immigration Act* del 1976.

dell'art. 80 § 1 dell'*Immigration and Refugee Protection Act*, tuttavia, lo scrutinio della Corte federale relativo alla validità del *security certificate* emesso nei confronti di uno straniero immigrato o di un residente permanente è limitato esclusivamente ad una valutazione della ragionevolezza del provvedimento ministeriale, senza poter vagliare la legalità della misura in sé. Il giudice, cui è permesso esaminare la questione in assenza della persona interessata e del suo avvocato difensore (art. 78 § 1 lett. e), può anche decidere di comunicare al destinatario del *security certificate* solo le informazioni e le prove la cui divulgazione non rechi pregiudizio alla sicurezza del Canada (art. 78 § 1, lett. h).

Allo straniero è riconosciuto esclusivamente il diritto di presentare, al Ministro della cittadinanza e dell'immigrazione, una richiesta di esame dei rischi connessi all'eventuale espulsione (*pre-removal risk assessment*)<sup>136</sup>, che obbliga la Corte federale a sospendere il procedimento di valutazione del *security certificate* sino alla pronuncia del Ministro. La decisione finale sull'attuazione della misura di espulsione nei confronti dello straniero spetta comunque alla Corte federale, senza alcuna possibilità di appello<sup>137</sup>.

Lo straniero detenuto che non possa essere rinviato entro un termine ragionevole nel proprio Paese d'origine può adire la Corte federale, entro i centoventi giorni successivi al provvedimento di convalida del *security certificate*, chiedendo la scarcerazione immediata, che potrà essere concessa solo qualora la permanenza del soggetto sul territorio canadese non metta in pericolo la sicurezza della Nazione e quella dei cittadini canadesi.

Dall'esame dell'*Immigration and Refugee Protection Act* è possibile rinvenire, pertanto, alcune tracce del nuovo paradigma di diritto penale del nemico, dal momento che la normativa inasprisce le misure di prevenzione speciale nei confronti dello straniero ritenuto pericoloso per la sicurezza della Nazione, conferendo al Ministro della Sicurezza Pubblica e al Ministro della Cittadinanza un ampio potere discrezionale in ordine all'attuazione della misura di custodia cautelare<sup>138</sup>, essa prevede, inoltre, l'intervento del giudice federale solo con riferimento alla valutazione della ragionevolezza della decisione ministeriale, non permettendo una valutazione della legittimità della detenzione e, di conseguenza, la possibilità di ordinare la scarcerazione immediata dello straniero sottoposto a misure di detenzione attuate in violazione delle fondamentali garanzie previste dall'ordinamento canadese.

A seguito degli attentati dell'11 settembre 2001, la Corte suprema canadese è stata chiamata varie volte a pronunciarsi sulla legittimità delle misure di allontanamento poste in essere nei confronti degli stranieri in applicazione delle previsioni contenute dalla *Immigration Law*.

Nel celebre caso *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>139</sup>, i giudici costituzionali hanno effettuato un delicato bilanciamento tra l'esigenza di garantire allo Stato la possibilità di combattere efficacemente il terrorismo e di salvaguardare la sicurezza della Nazione mediante l'allontanamento di un pericoloso fuggitivo con il diritto del ricorrente di non essere espulso verso un Paese in cui avrebbe rischiato di subire tortura o trattamenti contrari all'art. 12 della Carta canadese dei diritti e delle libertà.

Nel 1995, il Ministro della Cittadinanza e dell'Immigrazione aveva emesso un provvedimento di espulsione nei confronti di Suresh, cittadino dello Sri Lanka sospettato di appartenere al gruppo terroristico delle *Tigri Tamil*, in conformità a quanto stabilito dall'art. 53 § 1, lett. b della *Loi sur l'Immigration* del 1985, che prevede la possibilità di allontanare gli stranieri che costituiscono un "pericolo per la sicurezza della Nazione". Il ricorrente ha lamentato una violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza garantiti dall'art. 7 della Costituzione canadese e una limitazione

---

<sup>136</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 112 dell'*Immigration and Refugee Protection Act* «A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115, may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate describe in subsection 77».

<sup>137</sup> Per un ulteriore approfondimento si v. N. Scattone, *La disciplina*, cit.

<sup>138</sup> Tale misura è stata aspramente contestata dalla *Canadian Human Rights Commission* nel rapporto del 2001, in [www.chrc-ccdp.ca/publications/2001\\_ar/default-en.asp?lang\\_update=I](http://www.chrc-ccdp.ca/publications/2001_ar/default-en.asp?lang_update=I).

<sup>139</sup> [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1. Per un commento cfr. S. Bourgon, *The Impact of Terrorism on the Principle of 'non-refoulement' of Refugees: the Suresh Case before the Supreme Court of Canada*, in *J. Int'l Crim. Justice*, 2003, 169-185.

irragionevole del suo diritto alla difesa, a causa della mancata comunicazione delle prove a suo carico e, di conseguenza, dell'impossibilità di contestare adeguatamente la misura di espulsione.

Nel caso di specie, la Corte ha decretato l'illegittimità del provvedimento di espulsione emesso nei confronti del ricorrente, affermando che l'interesse legittimo dello Stato a combattere il terrorismo può comportare limitazioni dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti solo nel rispetto dei "principi di giustizia fondamentale" sanciti dall'art. 7 della *Charter of Rights and Freedoms*. Tuttavia, proprio sulla base di tale assunto, i supremi giudici non hanno escluso che in presenza di "*extraordinary circumstances*" che comporterebbero un rischio reale per la sicurezza del Paese sia possibile procedere ad una misura di espulsione da cui consegua il rischio di tortura per la persona allontanata<sup>140</sup>.

Pur non chiarendo esattamente le circostanze in cui è possibile derogare al divieto di tortura<sup>141</sup>, la Corte ha affermato la necessità di assicurare una serie di garanzie procedurali allo straniero sottoposto alla misura di allontanamento, riconoscendo espressamente il dovere del Ministro di comunicare preventivamente all'interessato la decisione di emanare il provvedimento di espulsione e il diritto dello straniero di presentare i suoi elementi di prova.

Per quanto riguarda, invece, la portata da attribuire all'espressione "pericolo per la sicurezza del Canada" di cui all'art. 53 § 1, lett. b della *Loi sur l'immigration* del 1985, la Corte ha stabilito che la minaccia derivante dalle azioni poste in essere dallo straniero debba essere sufficientemente grave e suffragata da prove certe per poter procedere ragionevolmente all'espulsione della parte in causa, dovendo interpretare l'espressione in modo "ampio ed equitativo" in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione<sup>142</sup>. Inoltre, ad avviso dei supremi giudici, alla luce delle norme contenute nella Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo<sup>143</sup>, il termine "terrorismo", previsto all'art. 19 della citata legge canadese, non ha un significato ambiguo, atteso che la sua portata «dovrà essere stabilita in maniera progressiva»<sup>144</sup>.

Da ultimo, la Corte suprema ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di alcune disposizioni contenute nella *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), accogliendo i ricorsi presentati da tre cittadini stranieri, destinatari di *security certificates*, avverso le sentenze della Corte d'appello federale che avevano riconosciuto la costituzionalità della procedura prevista dalla LIPR, relativamente ai rimedi giurisdizionali predisposti per contestare la legittimità dei provvedimenti ministeriali.

Come si ricorderà, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, permette al Governo di emanare un *security certificate* con cui si attesta che un residente permanente o uno straniero devono essere allontanati dal territorio canadese per motivi di sicurezza (art. 77), disponendo la carcerazione per i destinatari del provvedimento. Tuttavia, mentre al residente permanente è riconosciuto il diritto di ricorrere ad un giudice per contestare la legittimità della misura detentiva entro 48 ore dall'arresto, lo straniero sottoposto a misura di custodia cautelare può ricorrere ad un tribunale per contestare la legittimità del proprio arresto entro i centoventi giorni successivi al

<sup>140</sup> Per un ulteriore approfondimento si v. E. Mendes, *Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution*, in *National J. Consit. L.*, 2002, 71 ss.; D. Dyzenhaus, *The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers Be Normalized?*, in R. Daniels, P. Macklem, K. Roach (cur.), *The Security of Freedom. Essay on Canada's anti-terrorism bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

<sup>141</sup> Per giustificare tale deroga il supremo Organo ha richiamato l'art. 33 § 2 della *Convention relative au statut des réfugiés*, (R.T. Can. 1969 no 6), che autorizza gli Stati a respingere uno straniero che costituisce un pericolo per la Nazione. Ad avviso dei supremi giudici, il divieto assoluto di tortura sancito dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 e riconosciuto come principio di *jus cogens* dagli organi di tutela internazionale dei diritti dell'uomo deve cedere rispetto alla prescrizione contenuta nell'art. 32 § 2 della citata Convenzione sullo statuto dei rifugiati (*Suresh*, par. 69).

<sup>142</sup> Cfr. par. 89 della sentenza *Suresh*: «En laissant entendre qu'un facteur moins exigeant que de graves menaces étayées par la preuve suffirait pour expulser un réfugié dans un pays où il risque la torture, on cautionnerait l'application inconstitutionnelle de la Loi sur l'immigration. Dans la mesure du possible, les lois doivent recevoir une interprétation conforme à la Constitution. Ces éléments appuient la conclusion que, bien que l'expression "danger pour la sécurité du Canada" doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d'une menace potentiellement grave».

<sup>143</sup> Rés. AG 54/109, 9 dicembre 1999.

<sup>144</sup> Cfr. par. 93 della sentenza *Suresh*: «Nous nous contenterons plutôt de conclure que ce terme fournit un fondement suffisant pour qu'une décision soit rendue et qu'il n'est donc pas imprécis au point d'être inconstitutionnel. Nous partageons l'opinion du juge Robertson selon laquelle ce terme n'est pas ambigu en soi, même si toute sa portée ... doit être établie progressivement».



provvedimento di convalida del *security certificate* disposto dal giudice federale (artt. 82-84). Questi può confermare la validità del *security certificate* emesso nei confronti dello straniero o del residente permanente in assenza della persona interessata e del suo avvocato, negando l'accesso alla documentazione per motivi di sicurezza. Ciò nonostante, ai sensi dell'art. 81 della LIPR, il provvedimento di convalida in cui si attesta la ragionevolezza del *security certificate* diviene automaticamente una misura di espulsione, contro la quale non è riconosciuta alcuna possibilità di appello.

Nel caso di specie<sup>145</sup>, la Corte suprema ha accolto il ricorso promosso da Adil Charkaoui, residente permanente in Canada dal 1995 e arrestato nel 2003 in seguito all'adozione di un *security certificate*, con l'accusa di appartenere all'associazione terroristica *Al Qaeda*, nonché i ricorsi presentati da Hassan Almrei e Mohamed Harkat, due stranieri giunti in Canada come rifugiati politici, destinatari di *security certificates* e arrestati con l'accusa di costituire una minaccia per la sicurezza del Paese. Mentre Charkaoui e Harkat sono stati sottoposti a regime di libertà condizionale, rispettivamente, nel 2005 e nel 2006, Almrei si trovava ancora in carcere.

Nell'ambito del procedimento svolto dinanzi alla Corte suprema, gli appellanti hanno sostenuto che la procedura prevista dalle richiamate disposizioni contenute nella LIPR contrasta con molteplici diritti protetti dalla Carta dei diritti e delle libertà, quali il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza (art. 7); la tutela contro misure di detenzione arbitrarie e il diritto di *habeas corpus* (artt. 9 e 10 § 1, lett. c); il diritto a non subire pene o trattamenti crudeli ed inusitati (art. 12).

Prima di entrare nel merito della valutazione relativa alla legittimità delle misure previste dalla *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la Corte ha preliminarmente affermato che per rendere effettivo il diritto ad un equo processo è necessario garantire a tutte le persone, a prescindere dalla loro cittadinanza e dal loro *status* giuridico, il diritto ad essere informati, entro un periodo di tempo ragionevole, delle prove presentate a loro carico, per poter esercitare in modo adeguato il diritto al contraddittorio dinanzi ad un giudice terzo e imparziale che possa basare la propria decisione su motivi di fatto e di diritto. Sulla base di tali premesse, i supremi giudici, dopo aver analizzato attentamente le disposizioni della LIPR impugnate dai ricorrenti, hanno stabilito che la procedura di convalida del *security certificate*, operata dal giudice federale mediante un mero controllo della natura ragionevole del provvedimento adottato dai Ministri competenti, non risulta conforme ai "principi di giustizia fondamentale" sanciti dall'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. In particolare, il diniego di accesso alle prove e alla documentazione relativa alle accuse comporta una limitazione sproporzionata del diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona in quanto l'imputato non viene posto in una eguale posizione processuale rispetto all'accusa non essendo nella possibilità di conoscerne le ragioni e poterle confutare. Secondo quanto evidenziato dalla Corte, infatti, la possibilità di derogare al principio del contraddittorio per motivi di sicurezza nazionale non può essere giustificata neanche alla luce dell'art. 1 della *Charter*.

Per quanto riguarda, invece, la procedura di revisione della legittimità del fermo dello straniero che, ai sensi dell'art. 84 § 2 della LIPR, può avvenire solo nei centoventi giorni successivi alla convalida del *security certificate*, la Corte ha ravvisato una palese violazione *ex art.* 9 e 10 § 1, lett. c della Carta. Infine, riguardo alla presunta incompatibilità della durata indefinita del regime di detenzione cui risultava ancora sottoposto Almrei rispetto all'art. 12 della *Charter*, la Corte ha osservato come un regime di detenzione astrattamente indeterminato, senza il contestuale riconoscimento della possibilità di contestare prontamente la legittimità del fermo, potrebbe provocare uno stato di *stress* psicologico che si configurerebbe alla stregua di un trattamento crudele ed inusitato.

Alla luce di tali considerazioni, i supremi giudici hanno stabilito che il prolungamento eccessivo della detenzione in attesa della convalida del provvedimento di espulsione viola gli artt. 7 e 12 letti in combinato disposto. La Corte ha deciso, tuttavia, di differire l'efficacia della sentenza di un anno, così da permettere al Parlamento di conformarsi alla pronuncia modificando le parti della legge tacciate di incostituzionalità.

---

<sup>145</sup> *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9.

Nel pieno rispetto dei termini previsti dalla suprema Corte, il Governo canadese ha presentato, nel mese di ottobre 2007, un progetto di legge per la modifica dell'*Immigration and Refugee Protection Act (Bill C-3)*<sup>146</sup>. Il *Bill* è stato approvato definitivamente dalla Camera dei Comuni nel dicembre del 2007 e ha ricevuto il *Royal Assent* nel mese di febbraio 2008.

Il cambiamento più significativo apportato dalla legge di modifica consiste nella procedura di nomina di un “difensore speciale”<sup>147</sup> incaricato di curare gli interessi dei destinatari dei *security certificates* emessi dai ministri competenti. Il giudice federale potrà nominare lo “*special advocate*” dopo aver ricevuto le rimostranze dello straniero o del residente permanente e dopo aver consultato il Ministro della sicurezza pubblica e il Ministro della cittadinanza e dell’immigrazione.

Tuttavia, il *Bill C-3* fa salva, ancora una volta, la possibilità per il giudice federale di valutare la ragionevolezza del provvedimento ministeriale in assenza dell’interessato e del suo avvocato e di omettere la divulgazione di prove e informazioni da lui ritenute pregiudizievoli per la sicurezza della Nazione e per i cittadini canadesi<sup>148</sup>. L’unico onere riconosciuto in capo alla Corte federale è quello di inoltrare al residente permanente o allo straniero una “sintesi” delle prove prodotte a loro carico, al fine di permettere ai destinatari di un *security certificate* di essere “ragionevolmente informati”<sup>149</sup> riguardo alla predisposizione della procedura di espulsione. In caso di mancata trasmissione della “sintesi”, tuttavia, il giudice potrà basare la propria decisione sulle prove coperte da segreto. Riguardo a tale ultimo profilo, è dato evidenziare come la *Section 83(1.1)* preveda espressamente il divieto di utilizzo di prove ottenute *on torture evidence*.

Viene inoltre riconosciuto il diritto di promuovere un ricorso dinnanzi alla Corte d’appello federale avverso la decisione di convalida del *security certificate*; tuttavia, la possibilità di adire la Corte d’appello è subordinata alla previa attestazione da parte del giudice federale circa la rilevanza della questione<sup>150</sup>. Il *Bill C-3* opera, inoltre, una sostanziale parificazione tra i diritti legali riconosciuti ai residenti permanenti e agli stranieri in ordine alla possibilità di contestare la legittimità della misura di custodia cautelare cui gli stessi sono sottoposti in attesa della convalida del *security certificate*. A differenza di quanto previsto dalla previgente disciplina, anche lo straniero in attesa di espulsione potrà adire un giudice entro 48 dal suo arresto per far valutare la legittimità della misura detentiva. Infine, anche a seguito della convalida del provvedimento ministeriale, il detenuto potrà chiedere alla Corte federale ulteriori revisioni del provvedimento, ogni 6 mesi e per un numero di volte non determinato<sup>151</sup>.

Mediante tale procedura l’interessato potrà presentare nuove prove a sostegno della sua innocenza e il giudice potrà decidere di prorogare la custodia solo nel caso in cui vi siano «seri motivi per credere che il soggetto costituisca ancora una minaccia per la sicurezza nazionale»<sup>152</sup>.

A distanza di pochi mesi dall’approvazione della legge in parola, la Corte suprema si è pronunciata nuovamente sul caso *Charkaoui*<sup>153</sup>, a seguito del ricorso presentato dal suo avvocato avverso la decisione della Corte d’appello federale che riconosceva la validità del *security certificate* revisionato per la quarta volta, in virtù delle modifiche apportate dal *Bill C-3*.

Nell’ambito della procedura svolta dinnanzi alla Corte suprema, il ricorrente ha lamentato la violazione del diritto ad un processo equo, data l’impossibilità di contestare in modo adeguato le nuove prove prodotte dai Ministri competenti a sostegno della legittimità della procedura di espulsione, a causa dell’omissione della divulgazione di alcune informazioni in possesso dei Servizi

---

<sup>146</sup> *Bill C-3, “An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act”, 2d Sess., 39th Parl., 2007, disponibile sul sito internet [www2.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/392/Government/C-3/C-3\\_2/C-3\\_2.PDF](http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/392/Government/C-3/C-3_2/C-3_2.PDF).*

<sup>147</sup> Il par. 85.1(1) del *Bill C-3* descrive il ruolo degli “*special advocates*” nel seguente modo: «A special advocate’s role is to protect the interests of the permanent resident or foreign national in a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 when information or other evidence is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel».

<sup>148</sup> Cfr. *Bill C-3*, par. 83(1)(c).

<sup>149</sup> *Idem*, par. 83(1)(e).

<sup>150</sup> Cfr. *Bill C-3*, par. 79: «*The judge must certify that a serious question of general importance is involved and states the question*».

<sup>151</sup> *Bill C-3*, par. 82(3).

<sup>152</sup> *Idem*, par. 81.

<sup>153</sup> *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38.

segreti canadesi. Dopo aver valutato attentamente la questione, la Corte suprema ha affermato che la distruzione delle registrazioni e degli interrogatori effettuati dal *Service canadien du renseignement de sécurité* e il contestuale invio di una “sintesi” degli elementi di prova comporta una lesione dell’obbligo di notificazione degli elementi probatori posti alla base dell’impianto accusatorio, riconosciuto in virtù dei “principi di giustizia fondamentale” di cui all’art. 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà.

Pertanto, ad avviso dei supremi giudici, l’art. 12 della *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* deve essere interpretato nel senso di obbligare gli agenti dei servizi segreti a mostrare ogni elemento di prova in loro possesso, non essendo assolutamente contemplata la possibilità di procedere ad una distruzione delle stesse. Ciò nonostante, è dato evidenziare come il ricorrente risulti tutt’ora in attesa dell’ulteriore convalida della misura di allontanamento dal territorio canadese. A questo punto non resta che attendere una eventuale pronuncia della Corte suprema in merito alla legittimità delle modifiche apportate dal Parlamento alla legislazione canadese in materia di immigrazione.

#### 6. Sicurezza e libertà. L’esperienza tedesca.

Al pari di quanto avvenuto negli Stati Uniti e in Canada, l’espulsione degli stranieri e, più in generale, l’immigrazione è stata avvertita dal legislatore tedesco quale materia “d’emergenza”, in quanto fortemente connessa al pericolo terroristico.

Sino al 1990, la politica tedesca sull’immigrazione era regolata dall’*Ausländergesetz* (*Aliens Act*) del 1965, che permetteva la presenza sul territorio tedesco degli stranieri «che non interferivano con l’interesse pubblico»<sup>154</sup>. Tuttavia, negli anni ’70, nel pieno della crisi economica, il Governo tedesco attuò una politica molto severa per il reclutamento di lavoratori provenienti da Paesi non appartenenti all’Unione europea, specialmente nei confronti dei cittadini del Sud Est Europa (*Answerbestopp*). Al termine di accesi dibattiti tra i membri del Partito Social Democratico e i membri della coalizione liberal-conservatrice, il Parlamento approvò l’*Ausländergesetz* del 1990<sup>155</sup>, che modificò sostanzialmente la previgente disciplina in materia di immigrazione, mediante un rafforzamento delle tutele giuridiche accordate agli stranieri.

La nuova legge – fortemente voluta dalla componente social democratica e osteggiata dalla coalizione liberal-conservatrice – introdusse il diritto all’ottenimento di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato (*unbefristete Aufenthaltserlaubnis*), il diritto all’ottenimento di un permesso di residenza a tempo indeterminato (*Aufenthaltsberechtigung*)<sup>156</sup>, e il diritto al ricongiungimento familiare (*Familiennachzug*)<sup>157</sup>, limitando fortemente la discrezionalità delle autorità statali in materia di immigrazione. Condizioni necessarie per l’ottenimento dei diritti sopra enunciati erano: il possesso di un permesso di soggiorno da almeno 5 anni, il mantenimento di un posto di lavoro, l’ottima conoscenza della lingua tedesca, l’assenza di precedenti penali a proprio carico.

In virtù dell’*Aliens Act* del 1990, i titolari di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato non potevano essere soggetti ad espulsione «a meno che la loro presenza nel territorio tedesco non costituisse un grave pericolo per l’interesse pubblico»<sup>158</sup>.

Nessuna disposizione della nuova legge conteneva espliciti riferimenti al problema del terrorismo. Il potere di respingere e di espellere uno straniero era pertanto ancorato a vari presupposti, tra i quali l’insorgere di un concreto ed effettivo stato di minaccia per l’ordine pubblico e la pubblica sicurezza; il ricorso alla violenza per scopi politici ed ideologici; il tentativo di sovvertire i principi fondamentali della Costituzione tedesca.

L’espulsione era inoltre prevista come misura alternativa alla detenzione: uno straniero condannato ad una pena detentiva, anche residua, uguale o superiore ai cinque anni, poteva essere

<sup>154</sup> Cfr. *Ausländergesetz*, 28 Aprile 1965, BGBI I S. 353, Sec. 2(1) AuslG 1965.

<sup>155</sup> Cfr. *Gesetz Über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet* (*Ausländergesetz – AuslG*), 9 luglio 1990, BGBI. I S. 1354 AuslG 1990.

<sup>156</sup> Cfr. *Sections* 24, 27 AuslG 1990.

<sup>157</sup> *Ibidem*, *Sections* 17-22.

<sup>158</sup> *Sec. 48(1)(1)* AuslG 1990.

soggetto ad espulsione forzata (*compulsory deportation*)<sup>159</sup>, mentre il potere di emanare un decreto di espulsione regolare (*regular deportation*)<sup>160</sup> poteva essere esercitato, in presenza di circostanze eccezionali, nei confronti degli stranieri condannati ad una pena detentiva non soggetta a sospensione condizionale.

Per quanto concerne, invece, i limiti ai poteri di espulsione, la *Section 53* dell'*Aliens Act* del 1990 stabiliva un esplicito divieto di allontanamento di uno straniero verso Paesi in cui lo stesso sarebbe esposto al rischio di subire tortura (§ 1), di essere condannato alla pena capitale (§ 2), o di essere sottoposto a trattamenti ritenuti incompatibili con le tutele previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (§ 4). Le autorità statali erano inoltre obbligate a non procedere all'espulsione di uno straniero verso un Paese in cui la sua vita e la sua libertà sarebbero state minacciate in ragione della sua razza, delle sue convinzioni religiose o politiche, della sua cittadinanza o della sua appartenenza ad un particolare gruppo sociale (*Section 51 § 1*).

Tuttavia, nonostante la legislazione tedesca avesse previsto maggiori possibilità per l'ottenimento del permesso di soggiorno a tempo indeterminato e maggiori garanzie giuridiche per gli stranieri – tanto da essere considerata tra le più liberali d'Europa –, nei primi anni '90, la richiesta di asilo si affermò come principale strumento cui gli immigrati facevano ricorso per legalizzare il proprio soggiorno<sup>161</sup>.

Com'è noto, alla crescita esponenziale dei flussi migratori si accompagnarono violente manifestazioni di stampo terroristico, attuate da gruppi di estrema destra animati da sentimenti di razzismo e xenofobia, tendenti a colpire gli stranieri con attentati incendiari, atti vandalici e saccheggi. Fu così che, nel 1993, su istanza del Cancelliere Helmut Kohl, venne approvata una riforma costituzionale comportante una sostanziale modifica (in senso restrittivo) del diritto d'asilo.

Di fatto, il nuovo articolo 16a della Legge Fondamentale tedesca ha stabilito che non ha diritto all'asilo politico chi è transitato da un "Paese terzo sicuro" (nel quale, cioè, è garantita l'applicazione dei trattati internazionali in materia di tutela dei diritti umani), né chi proviene da un "Paese di origine sicuro" (nel quale, cioè, è formalmente garantita la tutela contro persecuzioni politiche o trattamenti inumani e degradanti).

Al fine di rendere effettivo il potere di respingere uno straniero, il legislatore di revisione ha introdotto nel testo costituzionale una *fast-track procedure*, in base alla quale il Parlamento può adottare misure che pongono fine al soggiorno di uno straniero, nei confronti di tutti i richiedenti asilo che rientrano nelle suddette categorie, indipendentemente dai ricorsi promossi avverso tali misure (art. 16a § 2(3)), a meno che non si adducano situazioni di fatto tali da dare fondamento al dubbio che uno straniero possa essere perseguitato anche in uno degli Stati considerati "sicuri" (art. 16a § 3(2)). In tali casi, secondo quanto previsto dal 4 comma della citata disposizione, il giudice può sospendere l'esecuzione dei provvedimenti che pongono fine al soggiorno solo se sussistono gravi dubbi sulla legittimità del provvedimento emanato dal Parlamento.

Nel giugno del 1996, i membri della coalizione liberal-conservatrice presentarono una proposta di modifica dell'*Aliens Act* del 1990, al fine di restringere ulteriormente la tutela giuridica riconosciuta agli stranieri contro i provvedimenti di espulsione.

L'*Act to Amend the Aliens Act and the Asylum Procedure Act*, approvato definitivamente il 29 ottobre 1997, ha modificato la *Section 51* della legge del 1990, prevedendo espressamente che la tutela contro un provvedimento di espulsione, prevista dal co. 1 della medesima disposizione, non sarebbe stata concessa agli stranieri che «costituiscono un pericolo per la sicurezza del Paese e a quelli condannati a scontare una pena detentiva uguale o superiore ai tre anni», con un notevole ampliamento della categoria dei soggetti passibili di misure di allontanamento<sup>162</sup>. Di conseguenza, gli stranieri cui non è riconosciuta la tutela di cui all'art. 5 § 1 dell'*Aliens Act* (divieto di procedere

<sup>159</sup> Sec. 46(1) AuslG 1990.

<sup>160</sup> Sec. 47(1)(1) e (2) AuslG 1990.

<sup>161</sup> Si passò, così, dalle 103.000 domande del 1988 alle 438.000 del 1992, pari ai due terzi delle richieste d'asilo presentate in tutta Europa.

<sup>162</sup> Come si ricorderà, di fatto, la previgente disciplina prevedeva la possibilità di ordinare la *regular deportation* per gli stranieri condannati a scontare una pena detentiva uguale o superiore a cinque anni.

all'espulsione di uno straniero verso un Paese in cui lo stesso potrebbe essere perseguitato per motivi legati alla sua razza, alla sua religione, o alle sue idee politiche) possono avvalersi esclusivamente delle garanzie previste dall'art. 53 della legge del 1990 (diritto a non essere espulsi verso Paesi in cui sussiste un alto rischio di essere sottoposti a tortura o trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione europea, compresa la probabilità di essere condannati alla pena capitale)<sup>163</sup>.

A seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, il legislatore tedesco ha ulteriormente modificato la disciplina sull'immigrazione mediante l'approvazione della legge 1 gennaio 2005 (*Aufenthaltsgesetz*)<sup>164</sup> che, pur facendo salve le tutele previste dall'art. 53 dell'*Aliens Act* del 1990, ha previsto misure particolarmente restrittive per la libertà di movimento degli stranieri sospettati di attività terroristiche che non possono essere allontanati dal territorio tedesco in virtù delle garanzie sancite dal diritto internazionale, conferendo alle forze dell'ordine il potere di sottoporre tali soggetti a misure di libertà vigilata. Tale misura è stata approvata come alternativa alla proposta avanzata dal Ministro dell'Interno in merito all'opportunità di introdurre, al pari di quanto avvenuto nel Regno Unito, la detenzione illimitata per gli stranieri sospettati di costituire una grave minaccia per la sicurezza interna del Paese, qualora gli stessi non potessero essere espulsi verso Paesi in cui rischiano di essere sottoposti a tortura o a trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani<sup>165</sup>.

Inoltre, riguardo al procedimento di espulsione, è dato evidenziare come la novella legislativa conferisca al Ministro dell'Interno (sia federale che di un singolo *Land*) il potere di emanare un ordine di espulsione nei confronti di uno straniero allo scopo di «prevenire un attacco terroristico o un attentato alla sicurezza interna della Repubblica federale tedesca». La nuova procedura si differenzia sostanzialmente da quella precedente in quanto non viene più previsto un obbligo di notifica nei confronti dello straniero sottoposto ad ordine di espulsione, rendendo oltremodo difficoltosa la possibilità di ricorrere efficacemente avverso l'applicazione della misura di allontanamento e prefigurando, in tal modo, un'ipotesi di diritto penale del nemico sotto il duplice profilo della degiurisdizionalizzazione della procedura applicativa e della prevenzione speciale negativa attuata nei confronti degli stranieri.

Inoltre, è dato evidenziare come un ulteriore elemento di regressione della giustizia penale tedesca possa essere rintracciato, senza dubbio, nella modifica apportata all'*Introductory Act to the Judicature*, in forza della legge del 19 aprile 2006 (*Auszug*)<sup>166</sup>.

La novella legislativa ha di fatto trasformato il regime temporaneo dell'*incommunicado detention* (detenzione in isolamento), la cui applicazione era in passato espressamente subordinata alla sussistenza di condizioni eccezionali configurabili alla stregua di una situazione di “emergenza costituzionale”, in una misura a carattere permanente, estendendone l'applicazione ai detenuti colpevoli o accusati di reati non riconducibili alla fattispecie criminosa del terrorismo interno o internazionale<sup>167</sup>.

L'applicazione della detenzione in *incommunicado* e la contestuale sospensione del diritto a comunicare con un avvocato<sup>168</sup> sino a trenta giorni acuisce il rischio per i detenuti di essere sottoposti a qualsivoglia pratica di abuso da parte delle pubbliche autorità; rischio che fu avvertito dalla dottrina tedesca sin dagli anni '70, in relazione alla previsione – pur temporanea – contenuta

<sup>163</sup> Per un ulteriore approfondimento si v. Said, *Political Asylum and Torture: a Comparative Analysis*, in *Third World Q.*, 2006, 871-883.

<sup>164</sup> Cfr. *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit u. die Integration von Ausländern im Bundesgebiet* (*Aufenthaltsgesetz – AufenthG*) (Legge sul permesso di soggiorno, sul diritto all'impiego e sull'integrazione degli stranieri in Germania).

<sup>165</sup> Cfr. U. Davy, *Immigration, Asylum, and Terrorism: How Do They Inter-relate in Germany?*, in E. Guild, A. Baldaccini (cur.), *Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007, 177, 232, spec. 226-227.

<sup>166</sup> Cfr. *Erstes Gesetz über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz, (Auszug)*, 19 aprile 2006, BGBl, (*First Act concerning the Clearing up of Federal Law in the Competence of the Federal Ministry of Justice*), disponibile sul sito internet [www.sidiblum.de/info-rom/bgbl2/2006s0866.htm](http://www.sidiblum.de/info-rom/bgbl2/2006s0866.htm).

<sup>167</sup> Cfr. *Section 38a Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (EGGVG)* (*Introductory Act to the Judicature Act*).

<sup>168</sup> Tale diritto è sancito dalla *Section 137(1)(1)* del (*Strafprozessordnung, hereinafter (StPO)* (*German Code of Criminal Procedure*)).

nella legislazione antiterrorismo emanata a seguito dei tremendi attentati compiuti dalla *Rote Armee Fraktion*.

Com'è noto, infatti, la Costituzione tedesca del 1949 non conteneva, in principio, disposizioni relative allo stato di guerra o al diritto di necessità dello Stato (*Staatnotstandsrecht*)<sup>169</sup> e non prevedeva, pertanto, alcuna ipotesi di situazioni straordinarie o eccezionali legittimante un regime di deroga ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti<sup>170</sup>. Tuttavia, in un clima di terrore causato dai violenti attentati terroristici della *Rote Armee Fraktion*, la Legge fondamentale di Bonn è stata dotata di una serie di articolati strumenti volti a fronteggiare le situazioni di crisi interna; la peculiare forma di difesa della Costituzione introdotta a seguito della revisione del 1968 è stata definita dalla dottrina con la particolare accezione di “democrazia protetta” o “militante”, data la sua vocazione a prevenire e reprimere qualsiasi tentativo di sovversione dei valori posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale<sup>171</sup>.

Di fatto, in conformità a quanto stabilito dall'art. 80a della LFB, il *Bundestag* ha la facoltà di dichiarare, a maggioranza dei due terzi, lo stato di tensione (*Spannungszeit*), presupposto necessario per l'emanazione di decreti legislativi da parte del Governo federale, nei casi previsti dal V e dal VI comma di cui all'art. 12a, concernenti l'organizzazione delle forze armate durante la vigenza dello stato di difesa. L'istituto previsto dalla suddetta disposizione si riferisce, pertanto, ad una fase preliminare rispetto all'instaurazione dello stato di difesa (*Verteidigungsfall*) che, in base all'art. 115a della LFB, può essere dichiarato, su richiesta del Governo federale, congiuntamente dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*, con la maggioranza dei due terzi; dalla maggioranza assoluta dei membri del *Bundestag* o mediante il voto a maggioranza qualificata della Commissione comune dei membri delle due Camere, in caso di accertata “aggressione o minaccia di aggressione”.

La dichiarazione dello stato di difesa consente la sospensione di alcuni diritti costituzionalmente tutelati, quali il diritto alla *privacy* (art. 13), la libertà di circolazione (art. 11), il diritto agli indennizzi per le espropriazioni (art. 14), il diritto all'integrità fisica (art. 2), nonché la libertà personale. Tuttavia, secondo quanto previsto espressamente dall'art. 115c, II comma, par. 2, la detenzione preventiva può essere estesa fino a un massimo di quattro giorni.

La Legge fondamentale prevede, inoltre, che durante tale periodo non si possa abrogare, modificare o disapplicare la Costituzione, procedere allo scioglimento del *Bundestag* o impedire l'attività e il funzionamento del Tribunale costituzionale.

L'aspetto fondamentale della disciplina costituzionale tedesca degli stati di crisi consiste nel riconoscimento della legge parlamentare quale unica fonte competente a derogare ai diritti e alle

<sup>169</sup> Sul punto è stato acutamente sottolineato che il concetto di *Staatnotstandsrecht* richiama – anche da un punto di vista strettamente terminologico – concetti di per sé molto controversi: *Staat* (Stato), *Notstand* (Necessità), *Recht* (Diritto). Quando i tre elementi costitutivi dell'espressione vengono rapportati a vicenda, l'interpretazione della dottrina del diritto di necessità dello Stato diviene, pertanto, maggiormente problematica. Sul punto cfr. G. R. Töndury, *Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht*, Zürich, 1947, 7 citato da G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La Legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, 271.

<sup>170</sup> Il motivo principale è da ascrivere, senza dubbio, allo statuto d'occupazione stilato dalle potenze vincitrici della seconda guerra mondiale, che riservava agli alleati il controllo su tutti gli aspetti della vita politica ed economica tedesca. L'occupazione delle forze alleate terminò nel 1955, con la firma di un trattato tra la Repubblica federale tedesca e le tre potenze vincitrici. Con la riunificazione della Germania, nel 1990, è venuto meno qualsiasi controllo da parte delle potenze occidentali sulla vita politica interna. Per un ulteriore approfondimento sulla storia della Legge Fondamentale si v. S. Ortino, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, Giuffrè, 1966; C. Amirante, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca: il regime delle libertà fra ordinamento giuridico e sistema dei partiti*, Roma, Lerici, 1980; P. Biscaretti Di Ruffia, *Le scelte costituzionali fondamentali dell'Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1990, 3 ss.; C. Tomuschat, *L'unità tedesca*, in *Giur. cost.*, 1991, 2523 ss.; P. Häberle, *La controversia sulla riforma della legge fondamentale tedesca*, in *Quad. cost.*, 1993, 279 ss.; F. Palermo, *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto*, Trento, Università degli Studi di Trento, 1997; J. Luther, *Pagine di storia costituzionale tedesca del secondo dopoguerra*, in *Acit, Germania ed Europa dal 1945 ad oggi*, La Spezia, Edizioni Giacché, 1999, 23 ss.; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 119 ss.; F. Palermo, J. Woelk, *Germania*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. Bonini, *Il potere costituente del popolo tedesco*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>171</sup> Per un ulteriore approfondimento sul punto cfr. V. Götz, *La costituzione dell'emergenza nella Legge fondamentale tedesca*, in *Dir. e soc.*, 1991, 545 ss.; con particolare riferimento al ruolo del Governo nella gestione dei periodi di crisi cfr., altresì, L. Mezzetti, *Il potere di guida e comando delle Forze armate e la gestione degli stati di crisi nella Repubblica federale di Germania*, in *Costituzione della difesa e stati di crisi. Per la difesa nazionale* (a cura di G. De Vergottini), in *Rivista militare*, Bologna, 1991.

libertà garantiti dalla Costituzione. Ciò non ha impedito, tuttavia, che nel corso della tremenda crisi interna degli anni '70, si apportassero gravi limitazioni ai diritti fondamentali, considerate da parte della dottrina come assolutamente sproporzionate, in quanto contrastanti con la legislazione internazionale in materia di tutela dei diritti umani e con la stessa Costituzione<sup>172</sup>.

Com'è noto, infatti, a seguito dell'entrata in vigore della revisione costituzionale del 1968<sup>173</sup>, il Parlamento non ha dichiarato formalmente lo stato di difesa ma ha approvato, su istanza dell'Organo esecutivo, varie leggi antiterrorismo comportanti modifiche al diritto penale e processuale. Tra queste rilevano, in modo particolare, la legge del 1972, con cui è stato disposto l'arresto e la carcerazione preventiva in tutti i casi in cui vi fosse il sospetto che il reo potesse ripetere il reato che gli veniva attribuito<sup>174</sup>, e la legge del 30 settembre 1975, emanata dal Parlamento nel momento culminante della crisi, con il precipuo scopo di legittimare alcuni provvedimenti particolarmente restrittivi della libertà personale, posti in essere dal Ministro degli Interni nei confronti dei capi dell'organizzazione terroristica *Rote Armee Fraktion* (RAF), detenuti sin dal 1972.

A fronte della costante crescita del clima di tensione, generato dai continui attentati e dai numerosi rapimenti di pubblici ufficiali, il Ministro ordinò l'isolamento di Ulrike Meinhof, Andreas Baader, Gudrun Ensslin e Jan-Carl Raspe, negando loro il diritto di comunicare con i propri avvocati, per evitare che i terroristi potessero continuare a coordinare le azioni criminali dell'organizzazione mediante l'invio di messaggi. In soli tre giorni, il Parlamento approvò l'*Act Amending the Introductory Act to the Judicature*<sup>175</sup> che prevedeva, all'art. 2, la possibilità di applicare il regime della detenzione in *incommunicado* (*Kontaktsperregesetz*) ai detenuti colpevoli di reati di terrorismo e a quelli in attesa di giudizio sulla base del medesimo capo d'imputazione<sup>176</sup>.

L'applicazione della suddetta pena detentiva comportava il completo isolamento dei prigionieri e la negazione di qualsiasi possibilità di contatto con il mondo esterno, compreso il diritto di comunicare in forma scritta con il proprio avvocato.

Ciò che rileva, in modo particolare, ai fini della nostra indagine è che la disposizione contenuta nell'art. 2 dell'*Act Amending the Introductory Act to the Judicature*, dato il suo carattere transitorio, trovò una concreta applicazione esclusivamente a seguito degli attentati terroristici degli anni '70.

Lo stesso Tribunale costituzionale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle modifiche apportate al diritto penale dalla legge antiterrorismo del 1975<sup>177</sup>, dichiarò la conformità a Costituzione della misura prevista dall'art. 2, proprio in virtù del suo carattere provvisorio<sup>178</sup>,

<sup>172</sup> Cfr. le tesi espresse da D. Göddeke, *Reform des Kontaktsperregesetzes*, in *Demokratie Und Recht*, 1981, 192-194; H. Hannover, *Zum Kontaktsperregesetz*, in *Demokratie Und Recht*, 1979, 184-186; W. Krekeler, *Strafverfahrensrecht und Terrorismus – Bewährung oder Niederlage des Rechtsstaates?*, in *Anwaltsblatt*, 1979, 212-217; W. Hassemer, *Reform der Strafverteidigung*, in *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, 1980, 326-332, citati da A. Oehmichen, *Incommunicado Detention in Germany: An Example of Reactive Anti-terror Legislation and Long-term Consequences*, in *German L. J.*, 2008, 855-888. Gli Autori considerarono le restrizioni apportate dalla legislazione antiterrorismo come una grave violazione della dignità umana e dei principi cardine dello stato di diritto.

<sup>173</sup> Con cui sono stati modificati, altresì, gli artt. 73 e 87 § 1 della Legge fondamentale, al fine di rendere possibile il rafforzamento dell'Ufficio per la tutela della Costituzione (*Verfassungsschutz*), i cui compiti principali erano: la raccolta e la valutazione di notizie ed informazioni utili a neutralizzare tutte le attività ed i comportamenti che potevano recare danno agli interessi della Repubblica federale all'estero e la sottoposizione degli impiegati pubblici ad un interrogatorio, al fine di accertarne la "fedeltà alla Costituzione". Al termine di tale procedimento individuale inquisitorio, del tutto informale e sostanzialmente privo di garanzie giurisdizionali, l'Amministrazione poteva emanare un provvedimento di interdizione professionale (*Berufsverbot*), un vero e proprio divieto di svolgere una determinata attività professionale, nei confronti di tutti i soggetti il cui colloquio aveva avuto un esito negativo. Per un ulteriore approfondimento si v. C. Amirante, *L'eccezione è la regola. La trasformazione del sistema costituzionale della RFT*, in *Critica dir.*, 1976, 6-31.

<sup>174</sup> C. Amirante, *L'eccezione è la regola*, cit., 11.

<sup>175</sup> *Act Amending the Introductory Act to the Judicature, Act of 30 September 1977 (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, Sept. 30, 1977)*, *Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt, hereinafter: BGBl.)*

<sup>176</sup> Il reato di terrorismo fu introdotto nel Codice penale tedesco nel 1976 : *Anti-Terror Act*, 18 Agosto 1976, BGBl. I, 2181

<sup>177</sup> Le disposizioni contenute nella legge antiterrorismo hanno introdotto, nell' *Introductory Act to the Judicature*, la nuova *Section 4*, (*Sections 31-38*).

<sup>178</sup> Cfr. *Judgment of 1 August 1978*, in *Official Collection of the Decisions of the Federal Constitutional Court (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hereinafter BVerfGE)* 49, 24, par. 22, consultabile sul sito internet: [www.servat.unibe.ch/dfr/bv049024.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049024.html). La stessa Commissione dei diritti umani, in merito al ricorso presentato da alcuni detenuti

confermando la lettura offerta dalla Corte federale di Cassazione nella sentenza del 22 ottobre 1975. In tale pronuncia, la suprema Corte ha riconosciuto come legittimo l'isolamento prolungato dei membri della RAF, pur considerando che le condizioni di detenzione cui i soggetti venivano sottoposti avrebbe condotto ad una lenta ma sicura distruzione della loro salute e della loro identità. L'annientamento dei soggetti è stato ritenuto legittimo in considerazione del fatto che i prigionieri appartenevano ad un «gruppo estremamente esiguo della popolazione» e poiché essi, contro la volontà della maggioranza, ritenevano indispensabile cambiare con la forza il sistema sociale della Repubblica federale tedesca<sup>179</sup>.

Con la recente estensione dell'applicazione della detenzione in *incommunicado* a tutti i detenuti colpevoli o accusati di crimini non direttamente riconducibili al terrorismo l'ordinamento tedesco ha confermato la generale tendenza alla "normalizzazione" delle misure di emergenza che caratterizzano l'odierna fase di lotta al terrorismo islamico, violando il principio di legalità costituzionale.

### 7. Sicurezza e libertà. L'esperienza israeliana.

Il 14 maggio del 1948, nel corso della sanguinosa guerra civile tra israeliani e arabi di Palestina e prima dello scadere del mandato britannico su *Eretz Israël*<sup>180</sup>, lo Stato d'Israele si è autoproclamato Nazione indipendente, in forza della Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 29 novembre 1947, che prevedeva la fondazione di uno Stato ebraico in Terra d'Israele<sup>181</sup>.

Nonostante l'esplicita richiesta – formulata dai membri del Consiglio del Popolo israeliano, dai rappresentanti della comunità ebraica in *Eretz Israël* e dal Movimento sionista –, contenuta nel testo della Dichiarazione “sulla costituzione dello Stato d'Israele”<sup>182</sup> ed indirizzata ai cittadini arabi residenti nel nuovo Stato sovrano, di impegnarsi a «preservare la pace e a partecipare attivamente alla costruzione dello Stato d'Israele, al fine di porre le basi per una piena ed eguale cittadinanza e per una rappresentanza adeguata in tutte le sue istituzioni provvisorie e permanenti», nei pochi giorni successivi alla proclamazione dell'indipendenza, il neo-costituito Stato subì l'invasione da parte di soldati libanesi, siriani, iracheni, egiziani e transgiordani, mossi dall'intento di creare uno “Stato unitario di Palestina” a dispetto del piano di partizione territoriale stabilito dall'Onu sin dal 1947. Lo spiegamento delle forze militari degli Stati arabi venne descritto dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, Trygve Lie, come «la prima aggressione armata che il mondo abbia mai visto dalla fine della seconda guerra mondiale».

È corretto pertanto affermare che lo Stato d'Israele, sin dalla sua costituzione, si trova a dover fronteggiare un vero e proprio stato d'emergenza<sup>183</sup>, in condizioni di continua minaccia per la propria esistenza e di pericolo per la sicurezza dei propri cittadini. Per tale ragione, è stata emanata,

---

sottoposti al regime dell'*incommunicado detention* in virtù della legge tedesca del 1975, considerò la questione manifestamente infondata, avallando la decisione presa dal Tribunale costituzionale. Cfr. Commissione europea, *G. Ensslin, et al v. Federal Republic of Germany*, causa n.7572/76, 1978.

<sup>179</sup> Com'è stato efficacemente evidenziato «con questa sentenza della Corte suprema, la Repubblica federale tedesca potrebbe essere il primo Stato che pratici legalmente la tortura, che l'abbia cioè legalizzata con una decisione della Corte di cassazione ... con la legalizzazione del programma di tortura per isolamento e di lavaggio del cervello delle autorità per la difesa dello Stato, la Corte di cassazione si colloca nella tradizione del Terzo Reich, che si distinse in una misura fino ad allora inimmaginabile nell'annientamento cosciente delle minoranze etniche e degli avversari politici. Del resto è la stessa Corte di cassazione la responsabile delle sentenze di assoluzione ... di Borm, medico dei lager, e di Reehse, giudice del famigerato tribunale popolare di Freisler». Cfr. K. Croissant, *Il divieto di approvare la violenza e il suo contesto politico*, in *Critica dir.*, 1976, 117-129.

<sup>180</sup> *Eretz Israël* è un termine ebraico che significa Terra d'Israele

<sup>181</sup> *General Assembly's Resolution on the Partition of Palestine* 181 (2), del 29 novembre 1947, in *Official Records of the Second Session of the General Assembly* 131-150 (I) (B) (9).

<sup>182</sup> *Declaration of the Establishment of the State of Israel*, 14 maggio 1948, *Laws of the State of Israel* (1948), I 3-5, in cui si legge, tra l'altro «Lo Stato d'Israele sarà aperto all'immigrazione ebraica e alla riunione degli esuli, incrementerà lo sviluppo del paese per il bene di tutti i suoi abitanti, sarà fondato sulla libertà, sulla giustizia e sulla pace come predetto dai profeti d'Israele, assicurerà completa uguaglianza di diritti sociali e politici a tutti i suoi abitanti senza distinzione di religione, razza o sesso, garantirà libertà di religione, di coscienza, di lingua, di istruzione e di cultura, preserverà i luoghi santi di tutte le religioni e sarà fedele ai principi della Carta delle Nazioni Unite» Per un ulteriore approfondimento si v. H. Rudolph, *Security, Terrorism, and Torture: Detainees' Rights in South Africa and Israel: a Comparative Study*, Cape Town, Juta, 1984, spec. 61 ss.

<sup>183</sup> La dichiarazione dello stato d'emergenza in Israele non è stata, di fatto, ancora revocata.



sin dal 1948, una ordinanza per la Prevenzione del terrorismo<sup>184</sup>, le cui disposizioni sono state emendate per ben tre volte nel corso degli anni '80-'90.

La situazione è ulteriormente precipitata a partire dal 28 settembre 2000, data in cui ebbe inizio la c.d. Seconda *Intifada*<sup>185</sup>, che segnò l'inizio di una nuova fase del conflitto israelo-palestinese, da molti ormai ritenuto terminato con i Trattati di Pace di Oslo del 1993. È proprio nella Seconda *Intifada* che prendono piede gli attentati suicidi da parte dei *kamikaze* palestinesi che colpirono le principali città israeliane, in particolare Tel Aviv, prendendo di mira soprattutto luoghi di aggregazione come autobus e locali notturni.

In base all'articolo 50 della legge fondamentale "Il Governo"<sup>186</sup>, è possibile fronteggiare tale situazione di emergenza mediante la modifica sostanziale di una legge o attraverso la sospensione temporanea della sua efficacia, senza poter tuttavia limitare il diritto ad un equo processo né permettere l'offesa della dignità umana. La regolamentazione dello stato d'emergenza in Israele<sup>187</sup> permette, inoltre, all'Organo esecutivo di emanare regolamenti di emergenza, la cui durata massima non può superare i tre mesi, salvo proroga disposta dal Parlamento.

Il Governo, con l'emanazione di tali atti, ha il potere di ordinare misure di "detenzione amministrativa", ossia una misura preventiva con il chiaro intento di evitare situazioni in grado di mettere in pericolo la sicurezza dello Stato di Israele<sup>188</sup>.

In assenza di una Costituzione scritta<sup>189</sup>, il ruolo della Corte suprema israeliana è stato centrale nella difesa dei diritti e delle libertà. Com'è noto, la *High Court* può presiedere ad un giudizio sia in qualità di Corte d'appello, riesaminando sentenze penali e civili, sia come Corte di giustizia, cioè una Corte di prima istanza con il potere di valutare la legittimità degli atti governativi<sup>190</sup>.

In qualità di Corte di giustizia, i supremi giudici si sono trovati frequentemente a dover effettuare un *judicial balancing* tra la necessità di dover garantire i diritti civili e quella di tutelare la sicurezza nazionale, mediante l'applicazione del *proportionality standard* per la risoluzione dei conflitti tra i diritti costituzionali e gli interventi pubblici attuati in nome del bene comune<sup>191</sup>.

Molti ricorsi sono stati promossi dinnanzi alla Corte al fine di far valutare la legittimità dell'operato della *Israel Defence Force* (IDF), corpo militare dotato di ampi poteri in ordine all'arresto dei sospetti terroristi e alla predisposizione della confisca dei loro beni, istituito

<sup>184</sup> *The Prevention Of Terrorism Ordinance* n. 33, 5708-1948, (23 settembre 1948), come emendata dalle leggi 5740-1980; 5746-1986; 5753-1993.

<sup>185</sup> Sul punto si v. O. Ben-Naftali, K. Michaeli, *We Must Not Make a Scarecrow of the Law: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings*, in *Cornell Int'l L. J.*, 2003.

<sup>186</sup> Legge promulgata nel 1964 ed emendata nel 1992 e nel 2001.

<sup>187</sup> Le tre fonti principali che regolano lo stato d'emergenza sono: il Regolamento di difesa del 1945, emanato dal Governo britannico nel periodo di occupazione dei territori palestinesi; l'art. 9 dell'ordinanza "sul potere e il diritto" del 1948, che disciplina l'emanazione dei regolamenti di emergenza da parte del Governo; la legge "sui poteri in uno stato d'emergenza (detenzione) del 1979, che regola l'arresto effettuato per motivi di salvaguardia della sicurezza dello Stato. Sul punto cfr. S. Navot, *La Corte suprema d'Israele e la lotta al terrorismo*, in T. Groppi (cur.), *Democrazia e terrorismo*, cit.

<sup>188</sup> Per un ulteriore approfondimento cfr. A. Dershowitz, *Preventive Detention of Citizens during a National Emergency: A Comparison between Israel and the United States*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 1971, 295 ss.; Y. H. Klinghoffer, *On Emergency Regulations in Israel*, in H. Kohn (cur.), *Jubilee Book for Pinhas Rosen*, Mifal Haschichpul, 1962, 86-121; E. Gross, *The struggle of Democracy*, cit.; E. Gross, *Combattere il terrorismo: la prospettiva israeliana*, in T. Groppi (cur.), *Democrazia e terrorismo*, cit.

<sup>189</sup> Lo Stato d'Israele non possiede una Costituzione. Ciò nonostante, in virtù della Risoluzione *Harari*, approvata dal primo Parlamento israeliano il 13 giugno 1950, sono state promulgate varie leggi fondamentali dal contenuto prettamente costituzionale: legge fondamentale *La Knesset*; legge fondamentale *Terre demaniali d'Israele*; legge fondamentale *Il Governo*; legge fondamentale *Il Presidente dello Stato*; legge fondamentale *Il bilancio*; legge fondamentale *L'esercito di difesa di Israele*; legge fondamentale *Gerusalemme capitale d'Israele*; legge fondamentale *Il sistema giudiziario*; legge fondamentale *il Controllore di Stato*; legge fondamentale *Libertà di occupazione*; legge fondamentale *Dignità umana e libertà della persona*. Secondo quanto stabilito dalla Risoluzione in parola, tali leggi fondamentali avrebbero dovuto costituire i capitoli della futura Costituzione israeliana. Sul punto cfr. S. NAVOT, *La Corte suprema*, cit.

<sup>190</sup> Per un ulteriore approfondimento v. su tutti T. Groppi, E. Ottolenghi, A. Mordechai Rabello (cur.), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>191</sup> In tal senso M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, trad. It., *Judicial Balancing in "Times Of Stress". Le risposte di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla Guerra al terrore*, in T. Groppi (cur.), *Democrazia e terrorismo*, cit. Secondo quanto evidenziato dall'Autore, il bilanciamento tra libertà e sicurezza costituisce parte integrante del *test* di proporzionalità.

ufficialmente il 26 maggio 1948, con il precipuo scopo di resistere agli eserciti arabi e impedire loro di distruggere lo Stato d'Israele.

Pur ammettendo di «non (essere) esperti di affari militari»<sup>192</sup>, i giudici della suprema Corte hanno affermato, sin dal principio, la propria competenza a giudicare le decisioni dei comandanti militari israeliani, chiedendo alle Forze di difesa il rispetto dell'equilibrio tra gli scopi prefissati – il mantenimento della sicurezza da parte delle forze israeliane – e i mezzi utilizzati, la cui scelta ricade nell'ambito della discrezionalità riconosciuta legalmente in capo all'IDF, nonchè il rispetto dei diritti di libertà e il contenimento degli eventuali danni arrecati ai civili.

Nel famoso caso *Beit Sourik*<sup>193</sup>, i ricorrenti palestinesi hanno adito la Corte in seguito al sequestro della propria terra – ordinato dal Comandante delle Forze di difesa israeliane –, lamentando la violazione della libertà di movimento e lo sconvolgimento della loro vita quotidiana. Essi sono stati sostenuti dal *Council for Peace and Security* – ONG israeliana composta da ufficiali di riserva di alto grado dell'IDF –, che ha proposto uno spostamento della “barriera difensiva”<sup>194</sup> al fine di minimizzare l'intrusione di Israele nel territorio palestinese. La controparte – il comandante militare dell'IDF nella West Bank – ha apertamente dissentito rispetto al giudizio del *Council*, dichiarando di aver già preso in considerazione le questioni politiche e gli interessi legittimi della popolazione palestinese nella predisposizione della *location* della barriera. La *High Court*, nel valutare i *trade offs* fra la sicurezza e la libertà, ha ritenuto l'operato dell'IDF pienamente ascrivibile ai poteri ad esso conferiti dalla legge, nell'esercizio della propria discrezionalità. Tuttavia, pur riconoscendo al piano dell'IDF il merito di garantire una maggiore sicurezza alla popolazione israeliana, la Corte ha ravvisato, nello stesso tempo, l'esistenza di maggiori sconvenienze ai danni della popolazione palestinese, e ha ordinato, pertanto, al comandante dell'IDF di definire un nuovo piano per la barriera, invitandolo a tenere in debita considerazione il progetto proposto dal *Council*<sup>195</sup>.

Nel caso *Salama*<sup>196</sup>, la Corte si è occupata del problema relativo all'emanazione di tre ordini detentivi nei confronti dei ricorrenti sulla base di una “evidente prova” di collegamento dei soggetti con una organizzazione terroristica. Tali ordini sono stati prorogati dall'IDF e confermati dalla Corte d'appello militare. I ricorrenti hanno contestato la legalità di tale proroga, dal momento che essa era stata accordata ancora prima di portare a termine le indagini volte a provare la loro effettiva appartenenza all'organizzazione terroristica, chiedendo alla *High Court* di valutare se le necessità del caso hanno giustificato la predisposizione di tali misure. Secondo quanto stabilito dalla Corte nell'esame del caso di specie, il principale obiettivo della detenzione amministrativa è quello di “prevenire situazioni future in grado di mettere a rischio la sicurezza pubblica”<sup>197</sup>. Tuttavia, l'attuazione di tale misura non deve necessariamente essere impiegata nell'ambito dei procedimenti penali, atteso che lo scopo dell'*Emergency Authority Law (Detentions)* del 1979, disciplinante le modalità con cui devono essere effettuati gli arresti in situazioni di emergenza, è quello di proteggere la sicurezza dello Stato e, al contempo, di salvaguardare la dignità umana e i fondamentali diritti di libertà<sup>198</sup>. Dopo aver ricordato che la decisione di sottoporre un soggetto a detenzione amministrativa deve essere suffragata da prove certe circa la sua appartenenza ad un

<sup>192</sup> Justice A. Barak, nella decisione resa nel caso *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04 (2004), par. 46. Per un ulteriore approfondimento cfr. A. Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard L. Rev.*, 2002, 19 ss.; A. Barak, *The role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Israel L. Rev.*, 1998, 1 ss.; A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Sulla particolare attitudine dei giudici costituzionali israeliani nell'utilizzo dei precedent stranieri si v., dello stesso Autore, A. Barak, *Response to the Judge as Comparatist: Comparison in Public Law*, in *Tulane L. Rev.*, 2005, 195 ss.

<sup>193</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 2056/04 (2004).

<sup>194</sup> Costruita nel 1967 allo scopo di difendere Israele, quanto più possibile, dagli attacchi terroristici.

<sup>195</sup> Com'è noto la Corte Internazionale di Giustizia, nell'opinione consultiva sulla barriera di separazione emessa il 9 luglio 2004, ha sostenuto con forza l'avvenuta violazione del diritto internazionale con riguardo alle operazioni di costruzione di porzioni di barriera all'interno dei territori occupati.

<sup>196</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, *Louie Salama et al. v. Israel Defence Force (IDF) Commander in Judea and Samaria, Judge of the Military Appeals Court*, 5784/03-6024/03-6025/03, (2003).

<sup>197</sup> *Idem*, 6.

<sup>198</sup> *Id.*, 7.

organizzazione ritenuta in grado di minare la sicurezza dello Stato e dei suoi cittadini, la *High Court* ha dichiarato la decisione della Corte d'appello Militare di confermare la proroga degli ordini di detenzione amministrativa, conforme all'esercizio dei suoi poteri giurisdizionali, in quanto basata su un'attenta valutazione delle prove a carico dei detenuti.

Per quanto riguarda, invece, la legittimità dell'utilizzo di tecniche di interrogatorio particolarmente cruento nel corso degli interrogatori dei sospetti terroristi, è dato evidenziare come la questione sia stata affrontata, dalla Corte suprema israeliana, in un caso del 1999, in cui il supremo Organo ha stabilito che l'uso della forza fisica da parte dei membri del *General Security Service* (GSS)<sup>199</sup>, organo incaricato dal Governo di sventare le attività terroristiche e di interrogare le persone sospettate di tale attività, fosse incompatibile con il diritto israeliano<sup>200</sup> e che in assenza di una esplicita legislazione che lo autorizzi, i poteri degli agenti del GSS non comprendono il diritto ad adoperare metodi brutali di interrogatorio. Al contempo, la Corte ha asserito che in caso di "Ticking Bomb" (bomba ad orologeria)<sup>201</sup> – espressione che fa riferimento ad una situazione in cui un sospettato di terrorismo, arrestato dai funzionari del GSS sia in possesso di una informazione relativa alla collocazione di una bomba in procinto di esplodere, e che senza tale informazione non vi sia alcun modo di disinnescarla<sup>202</sup> –, l'utilizzo di metodi investigativi particolarmente duri può essere giustificata dalla necessità di estorcere informazioni utili a salvare vite umane (c.d. eccezione di necessità).

Conseguenza di tale sentenza è che, secondo quanto stabilito dagli stessi giudici supremi, anche qualora un agente del *General Security Service* avesse inflitto pene e sofferenze nel corso di un interrogatorio, presumibilmente prima della pronuncia della Corte, questi potrà essere esonerato da responsabilità penale solo nel caso in cui riuscisse a provare di aver agito in virtù dell'esistenza di un effettivo stato di necessità. Pertanto, qualora il *Knesset* (il Parlamento israeliano) volesse cambiare tale "quadro" legale, dovrebbe farlo mediante apposita legislazione, dal momento che il giudizio reso dalla Corte nel caso GSS detta regole giuridiche chiare che vincolano tanto il Legislativo quanto l'Esecutivo.

L'analisi della Corte si è di fatto incentrata sulla questione relativa al potere riconosciuto all'Organo esecutivo e alle forze militari in situazioni di emergenza, piuttosto che sui diritti costituzionali e sui limiti degli stessi, visto che la questione sollevata dai ricorrenti era stata posta in termini di "legalità"<sup>203</sup> delle "pratiche" poste in essere dagli agenti del *General Security Service*<sup>204</sup> e non sulla costituzionalità della legislazione israeliana<sup>205</sup>. Ciò non toglie che nel caso in cui il Parlamento deciderà di regolare la materia, la legislazione dovrà conformarsi ai limiti stabiliti dalla *Basic Law on Human Dignity and Liberty* (legge fondamentale sulla Dignità umana e sulla libertà della persona)<sup>206</sup>.

In conformità a quanto stabilito dalla suddetta legge fondamentale, lo scrutinio costituzionale dovrà essere effettuato alla luce dei diritti tutelati e dei limiti di tali diritti. Pertanto, nel caso in cui la Corte, nell'esame di un futuro atto emanato dal Parlamento, riscontrasse una violazione di un diritto protetto dalla legge fondamentale, dovrebbe valutare tale lesione alla luce della *limitation clause* contenuta nella *Section 8* della *Basic Law on Human Dignity and Liberty*, che prevede la possibilità di derogare ai diritti sanciti dalla legge fondamentale mediante l'approvazione di un «atto conforme ai valori dello Stato d'Israele, volto a perseguire uno scopo legittimo mediante

<sup>199</sup> In ebraico *Shabak*.

<sup>200</sup> Israel High Court of Justice, 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel et al. v. The State of Israel and the General Security Service* [1999], (Caso GSS), 40, disponibile sul sito internet [www.court.gov.il/mishpat/html/en/system/index.html](http://www.court.gov.il/mishpat/html/en/system/index.html).

<sup>201</sup> Così definita dalla Corte ai paragrafi 15, 33 e 34 della sentenza: «A given suspect is arrested by the GSS. He holds information respecting the location of a bomb that was set and will imminently explode. There is no way to diffuse the bomb without this information. If the information is obtained, however, the bomb may be diffused. If the bomb is not diffused, scores will be killed and maimed».

<sup>202</sup> Sul punto si v. S. Navot, *La Corte suprema d'Israele*, cit., 263-282; A. Reichman, *When We Sit To Judge We Are Being Judged: The Israeli GSS case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation*, in *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 2001.

<sup>203</sup> Cfr. Caso GSS, 1.

<sup>204</sup> *Idem*, paragrafo introduttivo della sentenza.

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> *Id.*, 39.

l'esplicita previsione di una determinata misura atta a realizzare l'obiettivo prefissato in modo non eccessivo e non sproporzionato».

In una precedente decisione del 1995, la Corte suprema aveva di fatto stabilito che un atto viola un diritto protetto, configurandosi come «non necessario al raggiungimento dello scopo perseguito», in presenza di tre fondamentali elementi: quando esso prevede una misura non collegata razionalmente alla finalità della normativa (*rational connection test*); quando tale misura è in grado di pregiudicare in modo eccessivo i diritti dei singoli al fine di perseguire un determinato obiettivo, e quando le conseguenze negative della legge non sono proporzionate allo scopo che l'atto intende realizzare<sup>207</sup>.

Inoltre, nell'esaminare i metodi di pressione fisica e psicologica esercitate dai funzionari del GSS nei confronti dei sospetti terroristi, la Corte ha valutato la questione anche in una prospettiva di diritto amministrativo e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che governano l'azione amministrativa nello Stato d'Israele, sviluppando le cc.dd. «regole di interrogatorio ragionevole»<sup>208</sup>. Secondo quanto asserito dal supremo Organo «(Una) società democratica, desiderosa di libertà, che cerca di combattere il crimine può accettare che un interrogatorio venga attuato nei confronti di un sospetto terrorista in modo da ledere la sua dignità umana e la sua libertà solo in virtù del perseguimento di uno scopo legittimo e finché il danno arrecato al soggetto non sia sproporzionato rispetto al raggiungimento dell'obiettivo da realizzare»<sup>209</sup>.

Da un punto di vista «costituzionale», la Corte ha ricordato come il rispetto della dignità umana e la tutela della libertà personale, previsti dalle *Sections 2, 3 e 5 della Basic Law on Human Dignity and Liberty*, rappresentino valori fondamentali ed irrinunciabili per la società israeliana.

Mediante la rigorosa applicazione del *test* di proporzionalità, già adottato nel caso *United Mizrahi Bank*, la Corte ha stabilito, altresì, uno standard del minimo danno<sup>210</sup>, superato il quale le azioni commesse dagli agenti del GSS sono considerate illegittime, da utilizzare accanto al *rational connection test*. Su tali basi, il supremo Organo ha dichiarato la tecnica di ammanettamento impiegata dagli agenti, consistente nel costringere l'indagato a rimanere con le mani dietro la schiena bloccate da manette molto strette al fine di limitare fortemente la mobilità del soggetto, come particolarmente costringitiva e non collegata razionalmente alla garanzia della sicurezza dell'interrogatorio che, ad avviso dei giudici, potrebbe essere assicurata mediante la normale tecnica di ammanettamento<sup>211</sup>.

Nel giudicare la deliberata privazione del sonno alla stregua di un «danno ai diritti e alla dignità del sospettato eccessivo rispetto a quanto richiesto dalla situazione»<sup>212</sup>, la Corte ha valutato l'eccezione di necessità alla luce dello *standard* del minimo danno<sup>213</sup>. La *High Court* ha tuttavia stabilito che, pur essendo in contrasto con il diritto israeliano, le suddette tecniche di pressione fisica e psicologica, potrebbero essere autorizzate dal *Knesset* mediante l'approvazione di un'apposita legge, qualora il Legislativo ritenga necessario permetterne l'uso ai membri del GSS<sup>214</sup>, esclusivamente in situazioni di straordinaria necessità. Inoltre, non esistendo una legislazione specifica che disciplina i poteri e le funzioni del GSS, l'unica base giuridica idonea ad autorizzare i Servizi di sicurezza ad esercitare poteri investigativi è costituita, ad avviso della Corte, dall'art. 2 § 1 del *Criminal Procedure Statute*, che prevede la possibilità per il Ministro dell'Interno di autorizzare «un funzionario di polizia ... a condurre indagini in merito alla presunta commissione di

<sup>207</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, C.A. 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd., et al. v. Migdal Cooperative Village, et. al.*, 49(4) PD 221 (1995), 436–7. In tale pronuncia la Corte israeliana ha utilizzato il *test* sviluppato dalla *Supreme Court of Canada* in *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 138. Per un ulteriore approfondimento dell'analisi della sentenza della Corte suprema israeliana si rinvia a T. Groppi, *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. cost.*, 2000, n. 5.

<sup>208</sup> Cfr. caso GSS, 21–23.

<sup>209</sup> *Idem*, 22.

<sup>210</sup> «*Standard of minimal impairment*». Cfr. caso GSS, 26.

<sup>211</sup> Cfr. caso GSS, 24–25.

<sup>212</sup> *Idem*, 26.

<sup>213</sup> *Id.*, 31.

<sup>214</sup> *Id.*, 39.

un crimine»<sup>215</sup>. Al contrario, nel corso della storia di Israele, il Ministro dell'Interno ha autorizzato, di volta in volta, i vari agenti del *General Security Service* a condurre interrogatori nei confronti di sospetti terroristi in virtù dell'applicazione della legislazione antiterrorismo, in modo da sottrarre le azioni poste in essere dai funzionari alle regole che disciplinano l'ordinario svolgimento degli interrogatori. Secondo quanto stabilito dalla Corte, tuttavia, le regole disciplinanti le modalità di svolgimento degli interrogatori adottate dalla polizia "ordinaria" devono essere rispettate anche dai membri del GSS<sup>216</sup>.

I supremi giudici hanno anche affermato che, poiché la legge che autorizza il Ministro dell'Interno a conferire poteri investigativi ai membri delle forze di polizia non menziona espressamente l'utilizzo di mezzi che infliggono dolore fisico o psicologico alle persone sottoposte ad interrogatorio, l'eventuale adozione di tali pratiche è da considerarsi illegittima.

Nel tentativo di difendere l'operato dei funzionari del *General Security Service*, il Governo israeliano ha sostenuto che la tecnica di immobilizzazione del soggetto da interrogare, consistente nel legare le mani del sospettato ad una sedia, può essere giustificata in virtù della necessità di garantire la sicurezza dell'interrogatorio; che la scelta di incappucciare i presunti terroristi risponde all'obiettivo di evitare qualsiasi contatto visivo tra le persone interrogate; che la riproduzione di musica ad alto volume è atta a prevenire eventuali tentativi di comunicazione verbale tra i sospettati e che la privazione del sonno risponde all'esigenza di svolgere le indagini secondo un calendario stabilito dagli inquirenti<sup>217</sup>.

Nel respingere la linea difensiva del Governo, i giudici costituzionali hanno considerato il comportamento posto in essere dai funzionari del GSS nei confronti dei ricorrenti come espressione di abuso di potere, data la mancanza di una esplicita autorizzazione, da parte dell'Esecutivo, ad utilizzare metodi straordinari di interrogatorio, ritenendo opportuno l'uso delle ordinarie tecniche di indagine predisposte dalle forze dell'ordine nelle inchieste condotte per tutti gli altri crimini<sup>218</sup>. Tuttavia, rispetto alle giustificazioni (o scopi legittimi) adottati dal Governo a difesa dei propri funzionari, la Corte non ha ritenuto di dover esaminare la questione sotto il profilo dell'eccezione di necessità o di analizzare i metodi di pressione fisica e psicologica secondo il principio di ragionevolezza per stabilire se l'utilizzo di metodi brutali nei confronti di una persona al fine di estorcere informazioni utili concernenti un attacco terroristico sia razionalmente collegato all'obiettivo di prevenire la perdita di vite umane, ritenendo le misure poste in essere dai membri del *General Security Service* come elementi non intrinseci di una qualsiasi inchiesta, e lasciando aperta la questione relativa alla possibilità di utilizzare mezzi straordinari di indagine, compreso l'impiego dell'uso della forza, in situazioni di "*Ticking Bomb*"<sup>219</sup>. Ciò nonostante, alla tesi del Governo secondo cui i funzionari del GSS sarebbero autorizzati, in virtù della "necessità di difesa" prevista dal Codice penale, a salvaguardare la società da possibili attentati terroristici mediante l'utilizzo di metodi investigativi straordinari, la Corte suprema ha opposto che una eventuale autorizzazione *a priori* del Governo all'impiego di tali tecniche è inconciliabile con il principio di

---

<sup>215</sup> Cfr. Art. 2(1) del *Criminal Procedure Statute [Testimony]* come emendato nel 1944, citato nel caso GSS, 20.

<sup>216</sup> «The power to interrogate given to the GSS investigator by law is the same interrogation power that the law bestows upon the ordinary police force investigator. It appears that the restrictions applicable to the police investigations are equally applicable to GSS investigations. There is no statutory instruction endowing a GSS investigator with special interrogating powers that are either different or more serious than those given to the police investigator». Cfr. caso GSS, 32.

<sup>217</sup> Cfr. caso GSS, 26-31.

<sup>218</sup> Secondo quanto esposto dal Governo, al contrario, tali metodi eccezionali potrebbero essere utilizzati anche dalla polizia "ordinaria", non solo quando lo scopo dell'interrogatorio è quello di prevenire futuri attacchi terroristici, ma anche nei casi in cui le forze di polizia debbano indagare in merito alla presunta commissione di un qualsiasi altro delitto. Cfr. caso GSS, 23.

<sup>219</sup> Come precedentemente evidenziato, tale ipotesi postula che un terrorista in possesso di informazioni relative al collocamento di un artefatto esplosivo in procinto di esplodere può essere torturato qualora rifiuti di rivelare il luogo in cui la bomba è stata nascosta. In una situazione di tale drammaticità l'unico modo per impedire l'esplosione, salvando, in tal modo, la vita di molte persone innocenti è quello di estorcere con la forza tali informazioni. Sul punto si v. le teorie di N. Luhman, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, C. F. Muller Juristischer Verlag, 1993; A.M. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven-London, Yale University Press, 2002; R.A. Posner, *Torture, Terrorism, and Interrogation*, in S. Levinson, *Torture: A Collection*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 291-298.

“reazione *ad hoc*” ad un evento straordinario che, ai sensi del richiamato Codice penale, giustificerebbe l'utilizzo dei metodi eccezionali solo *ex post*.

Pertanto, seguendo il ragionamento della Corte, solo a seguito dell'approvazione di un'apposita legislazione da parte del *Knesset* sarebbe possibile conferire, di volta in volta, ai funzionari del GSS poteri di inchiesta straordinari in situazioni di necessità. Tuttavia, come evidenziato in precedenza, una eventuale legge del Parlamento sarebbe sottoposta al vaglio dei giudici costituzionali, svolto mediante l'utilizzo del principio di proporzionalità previsto dalla *Section 8* della *Basic Law on Human Dignity and Liberty*, al fine di valutare la conformità della normativa ai valori dello Stato d'Israele, la legittimità dello scopo da essa perseguito e l'idoneità delle misure introdotte alla realizzazione dell'obiettivo prefissato in modo non eccessivo e non sproporzionato. Nello scrutinio effettuato dalla Corte, i supremi giudici dovranno tenere conto, altresì, della possibilità di utilizzare metodi “alternativi” in grado di arrecare un danno minore ai diritti protetti dalla *Basic Law*, senza pregiudicare il fine ultimo di protezione della vita dei propri cittadini.

Più di recente, nel famoso caso *Public Committee against Torture in Israel* (PCTI)<sup>220</sup>, la Corte suprema ha stabilito che la strategia di *Targeted Killings* (uccisioni preventive mirate)<sup>221</sup>, posta in essere dal Governo israeliano nei confronti dei terroristi e dei loro seguaci<sup>222</sup>, non può essere considerata, in generale, come violazione del diritto internazionale consuetudinario, dovendo procedere ad una valutazione della legittimità delle uccisioni mirate, caso per caso<sup>223</sup>. Pertanto, la recente pronuncia della *High Court*, pur non legittimando espressamente la politica perseguita dal Governo israeliano, ha consentito alla *Israel Defence Force* di continuare a porre in essere le uccisioni preventive mirate fino a quando ogni singolo caso sarà sottoposto al giudizio della Corte<sup>224</sup>.

Nell'ambito del procedimento svolto dinnanzi al supremo Organo, la *Public Committee against Torture in Israel* e la *Palestinian Society for The Protection of Human Rights and the Environment* hanno sostenuto che la politica di *Targeted Killings* viola le leggi internazionali, il diritto israeliano e i principi base della morale umana. A tali accuse, il Governo d'Israele ha opposto la propria legittimazione a reagire agli attacchi terroristici mediante lo spiegamento delle forze armate, sottolineando come, dal 2000 al 2005, a causa dei continui attentati posti in essere dalle organizzazioni terroristiche palestinesi, abbiano perso la vita più di 1000 cittadini israeliani. Per tale motivo, ad avviso dei rappresentanti del Governo, il diritto internazionale dovrebbe riconoscere formalmente l'esistenza della categoria di “*unlawful combatants*”, nella quale dovrebbero rientrare tutti i soggetti che non possono fruire dei diritti garantiti ai “combattenti legali” in ragione dell'efferatezza dei crimini da essi stessi commessi.

Nell'esame del caso di specie, la Corte suprema ha stabilito che in una situazione di conflitto armato tra Israele e le organizzazioni terroristiche palestinesi debba trovare applicazione il *corpus* di leggi internazionali disciplinante i conflitti armati a carattere internazionale, vale a dire la IV

<sup>220</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel* (PCTI), 11 dicembre 2005.

<sup>221</sup> Cfr. S. Navot, *La Corte suprema*, cit.

<sup>222</sup> Come si evince dal testo della sentenza, le forze di difesa israeliane hanno adottato la politica di *Targeted Killings* a partire dallo scoppio della c.d. Seconda *Intifada*, nel settembre del 2000 sino al 2002, riprendendola successivamente alla fine del 2005, per uccidere circa 300 terroristi in Giudea, Samaria e nella Striscia di Gaza, provocando altresì la morte di 150 civili che si trovarono coinvolti negli scontri. Cfr. Israel High Court of Justice, 769/02, cit., 2.

<sup>223</sup> La strategia del *Targeted Killings* ha ricevuto numerose condanne a livello internazionale e ha acceso, tra gli studiosi, un aspro dibattito circa la sua legittimità. Sul punto si v. *Press Release, Office of the Spokesman for Sec'y-Gen. Kofi Annan, Secretary-General Urges Israeli Government To Cease Targeted Assassinations*, U.N. Doc. SG/SM/7878 (5 Luglio 2001) disponibile sul sito: [www.un.org/News/Press/docs/2001/sgsm7878.doc.htm](http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sgsm7878.doc.htm). Ad avviso di alcuni commentatori, la pronuncia della Corte suprema d'Israele ha operato una decisa limitazione della tutela giuridica accordata dalla normativa internazionale ai civili coinvolti in un conflitto armato. Sul punto cfr. K. E. Eichensehr, *On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, in *The Yale L. J.*, 2007, 1873-1881.

<sup>224</sup> I procedimenti, che hanno avuto inizio nel 2002, hanno portato il Governo d'Israele a sospendere la politica di *Targeted Killings* sino al 2005, anno in cui la pratica è stata ripresa sistematicamente dalla IDF. Tra i sostenitori della legittimità della strategia attuata dalle forze di difesa israeliane v. su tutti A. M. Dershowitz, *What Israel Means to Me*, Wiley, Hoboken, 2006; A. M. Dershowitz, *Israel's Actions Are Lawful and Commendable*, in *The Jerusalem Post*, 1° aprile 2009.

Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, la IV Convenzione di Ginevra del 1949 e il Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra. Le norme contenute in tali Accordi sono state interpretate, dalla Corte Internazionale di Giustizia, come volte a vietare attacchi deliberati nei confronti dei civili, pur non riconoscendo loro una totale immunità dalle azioni di difesa poste in essere dalla parte nemica, in virtù del necessario bilanciamento tra le esigenze di protezione dei diritti umani e il diritto di difesa riconosciuto agli Stati in casi di necessità<sup>225</sup>. Di fatto, secondo quanto previsto dall'articolo 51 § 3 del Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, i civili godono della protezione accordata loro dal diritto internazionale umanitario, «salvo nel caso in cui prendano parte direttamente alle ostilità, per l'intera durata di detta partecipazione»<sup>226</sup>.

Nel valutare la delicata questione relativa alle modalità con cui è possibile distinguere in modo chiaro tra i civili “inermi” e quelli che partecipano direttamente alle ostilità e l'orizzonte temporale entro il quale è ipotizzabile la “partecipazione diretta” di tali soggetti, la maggioranza della dottrina internazionalistica ha sostenuto che un civile può partecipare in modo diretto alle ostilità «usando un'arma, portando con sé un'arma da usare nel corso del conflitto o ponendo in essere atti ostili anche senza l'utilizzo di un'arma»<sup>227</sup>.

Dopo aver ribadito che gli Accordi internazionali che disciplinano i conflitti armati trovano applicazione nei Territori Occupati<sup>228</sup> e che l'articolo 51 § 3 del Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra vincola Israele al rispetto del diritto internazionale consuetudinario<sup>229</sup>, i supremi giudici hanno affermato che i “combattenti illegali” non possono essere considerati facenti parte di una categoria “*outlaw*”, dal momento che, «essendo stati creati da Dio a sua immagine e somiglianza, la loro dignità di uomini deve essere ugualmente onorata»<sup>230</sup>. Ciò nonostante, la Corte ha fornito una definizione nuova ed aperta di “partecipazione diretta”, al fine di estenderla a tutti i civili che «svolgono attività di combattente»<sup>231</sup>, stabilendo che, alla luce dell'interpretazione della normativa internazionale applicabile al caso di specie, anche un civile che «porta con sé delle armi durante il dispiegamento militare che precede un attacco» partecipa direttamente alle ostilità<sup>232</sup>.

Pertanto, ad avviso dei supremi giudici, anche i capi di un gruppo terroristico che predispongono gli attacchi e ordinano ai membri della propria organizzazione di attaccare la parte avversaria, devono essere considerati alla stregua di civili che partecipano direttamente alle ostilità<sup>233</sup>. La Corte ha altresì ridefinito il limite esterno della nozione “per un dato periodo di tempo”, contenuto nell'art. 51 § 3 del Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, affermando che «un civile che fa parte di un'organizzazione terroristica ... e che commette una catena di attacchi, con momenti di pausa tra un attacco e l'altro, perde il diritto a godere della protezione giuridica accordata dalla normativa internazionale “per un dato periodo di tempo”, proprio come se avesse commesso una “catena di atti”, considerato che per questo tipo di soggetti, la pausa tra un attacco e un altro non è altro che la preparazione di altre ostilità»<sup>234</sup>.

Poiché la Corte non ha posto dei limiti temporali alla “catena di azioni” illegittime commesse dai civili che partecipano direttamente alle ostilità e non ha specificato una durata massima per i

<sup>225</sup> Tale diritto che obbliga comunque i belligeranti a distinguere i “combattenti” dai “civili”. Cfr. International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 8 luglio 1996, 226- 257.

<sup>226</sup> Cfr. art. 51(3) del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

<sup>227</sup> Int'l Comm. of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, disponibile sul sito [www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=470&t=com](http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=470&t=com).

<sup>228</sup> Israel High Court of Justice, 769/02, cit.

<sup>229</sup> *Idem*, 20, 30.

<sup>230</sup> Israel High Court of Justice, 769/02, cit., 25. Sul punto si v., in dottrina, C. Neuman, *Humanitarian Law and Counterterrorist Force*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2003, 283 ss.; G. Nolte, *Preventative Use of Force and Preventative Killings: Moves into a Different Legal Order*, in *Theoretical Inquiries in L.*, 2004, 111-119.

<sup>231</sup> Tali attività includono non solo il possesso di armi prima, durante e dopo un attacco, ma anche l'aiuto fornito ai “combattenti illegali” e la partecipazione volontaria alle ostilità come “scudo umano”. Cfr. Israel High Court of Justice, 769/02, cit., 35-36.

<sup>232</sup> Cfr. A. Cassese, *Expert Opinion on Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists Is Consonant with International Humanitarian Law*, 12-13, disponibile sul sito internet [www.stoptorture.org.il/eng/images/uploaded/publications/64.pdf](http://www.stoptorture.org.il/eng/images/uploaded/publications/64.pdf).

<sup>233</sup> «Should not be narrowed merely to the person committing the physical act of attack; instead, those who have sent him, as well, take “a direct part”. The same goes for the person who decided upon the act, and the person who planned it». Cfr. A. Cassese, *Expert Opinion on Whether*, cit., 37.

<sup>234</sup> Israel High Court of Justice, 769/02, cit., 39.

“brevi periodi di pausa” intercorrenti tra i vari attacchi terroristici posti in essere da una stessa organizzazione, un civile potrebbe essere teoricamente attaccato dalle forze militari per tutto il tempo in cui collabora con il gruppo terroristico, andando ben oltre la visione tradizionale secondo la quale “per un dato periodo di tempo” indica un lasso temporale limitato (solitamente ore) immediatamente precedente o successivo ad un attacco.

L'estensione del concetto di “partecipazione diretta” e di “dato periodo di tempo” operata dalla Corte suprema israeliana ha influenzato la strategia di *Targeted Killings* posta in essere dagli Stati Uniti, unico Stato oltre ad Israele ad utilizzare tale pratica<sup>235</sup>. Per quanto riguarda, invece, l'interpretazione dell'articolo 51 § 3 del Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra, è possibile affermare come l'esegesi fornita dai supremi giudici israeliani sia in grado di limitare fortemente il livello di protezione giuridica accordata dal diritto internazionale umanitario ai civili che partecipano direttamente alle ostilità, dal momento che la suddetta norma trova applicazione anche in tutti gli altri tipi di conflitto armato. Come sottolineato in precedenza, la Corte ha volutamente interpretato in maniera estensiva la nozione di “partecipazione diretta” al fine di includere nella categoria di civili che non godono della protezione internazionale contro attacchi deliberati coloro che «organizzano e pianificano gli attacchi e impartiscono ordini agli esecutori materiali delle azioni terroristiche»<sup>236</sup>.

Se, da una parte, si può apprezzare la “ragionevolezza” manifestata dalla Corte suprema nel voler includere anche i capi delle organizzazioni terroristiche nella categoria dei civili che prendono parte direttamente alle ostilità<sup>237</sup>, dall'altra, non risulta possibile condividere, ad avviso di chi scrive, la sproporzionata estensione dell'orizzonte temporale in cui è consentito attaccare deliberatamente tali soggetti. Accogliere l'interpretazione fornita dai supremi giudici israeliani equivarrebbe a riconoscere all'esercito la legittimazione ad arrestare un presunto terrorista o ad utilizzare la forza nei suoi confronti, sino ad ucciderlo, per il semplice fatto che il soggetto sia parte (presumibilmente) di una organizzazione eversiva<sup>238</sup>, a prescindere dalla reale sussistenza di una immediata minaccia rappresentata dal suo comportamento al momento della cattura<sup>239</sup>.

La tesi avanzata dalla Corte suprema d'Israele, volta a legittimare la strategia di “difesa preventiva” attuata dalla *Israel Defence Force*, potrebbe essere assimilata, in un certo senso, alla teoria della “guerra preventiva” elaborata dal Governo Bush per contrastare attacchi terroristici considerati “certi ed immediati”, senza dover tuttavia provare l'effettività del rischio subito<sup>240</sup>. Com'è noto, la comunità internazionale ha fortemente osteggiato tale teoria<sup>241</sup>, dal momento che la legittimazione di una difesa preventiva contro attacchi terroristici non imminenti consentirebbe l'utilizzo della forza anche quando non vi sia un'effettiva necessità.

Per quanto riguarda, più in particolare, lo scrutinio effettuato dalla *High Court* israeliana nel caso *PCTI*, è dato evidenziare come il supremo Organo abbia applicato il principio di proporzionalità al fine di effettuare un equilibrato bilanciamento tra la tutela dei diritti dei civili coinvolti nelle ostilità e le necessità militari delle forze israeliane. Ciò nonostante, pur ammettendo,

<sup>235</sup> Sul punto si v. E. Thomas, M. Hosenball, *The Opening shot*, in *Newsweek*, 18 Novembre 2002.

<sup>236</sup> Israel High Court of Justice, 769/02, cit., 37.

<sup>237</sup> Cfr. A. Cassese, *Expert Opinion on Whether*, cit., 12-15.

<sup>238</sup> Il criterio stabilito dalla Corte nel caso *PCTI* è stato definito in dottrina “membership-based model”. Cfr. K. E. Eichensehr, *On Target?*, cit.

<sup>239</sup> Al contrario, la tesi sostenuta dagli internazionalisti riguardo alla normativa di diritto internazionale umanitario afferma che un civile che partecipa direttamente alle ostilità può essere legittimamente privato della tutela giuridica accordata ai civili “inermi” solo quando le sue azioni costituiscono una minaccia immediata per l'integrità dello Stato. Sul punto si v. *ICRC Commentary*, cit., 1943; R.Y. Jennings, *The Caroline and McLeod cases*, in *Am. J. Int'l L.*, 1938, 82 ss.

<sup>240</sup> Sul punto si v. *The National Security Strategy of the United States of America* 23 (2006), disponibile al sito internet [www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf](http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf); J. Yoo, *International Law and the War in Iraq*, in *Am. J. Int'l L.*, 2003, 563 ss.; M. Sapiro, *Iraq: The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense*, in *Am. J. Int'l L.*, 2003, 599 ss.

<sup>241</sup> Sul punto si v. U.N. High-Level Panel On Threats, *Challenges & Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility*, UN Doc. A/59/565 (2004), par. 188-91, 54-55, disponibile sul sito internet [www.un.org/secureworld/report.pdf](http://www.un.org/secureworld/report.pdf); R. Higgins, *The Attitude of Western States Toward Legal Aspects of the Use of Force*, in A. Cassese (cur.), *Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, 435 ss. La resistenza manifestata dalla comunità internazionale riguardo alla possibilità di accogliere le teorie relative alla legittimità di una guerra preventiva contro “i nemici terroristi” è di fatto sfociata nella ferma condanna dell'invasione dell'Iraq da parte degli Stati Uniti.



in linea di principio, che l'applicazione del *test* di proporzionalità dovrebbe fungere da limite all'attuazione della strategia di *Targeted Killings*, la Corte suprema ha affermato che qualsiasi membro di un'organizzazione terroristica costituisce un obiettivo legittimo (*proper military objective*) delle strategie di difesa delle Forze militari israeliane, compresa l'esecuzione delle uccisioni speciali preventive.

Inoltre, sembra possibile affermare come la rivendicazione del “diritto di necessità alla difesa”, su cui si fonda la legittimazione della politica di *Targeted Killings* contrasti in nuce con i principi fondamentali del diritto internazionale generale, atteso che la disciplina contenuta nelle Convenzioni dell'Aja e negli Accordi di Ginevra è stata creata appositamente per fronteggiare situazioni di guerra asimmetriche, come quelle che si verificano nel conflitto tra Israeliani e Palestinesi, sin dalla nascita dello Stato d'Israele.

Tuttavia, è doveroso sottolineare come, nella parte conclusiva della motivazione, i supremi giudici abbiano affermato che sebbene lo Stato sia legittimato a difendersi contro il terrorismo, la politica di *Targeted Killings* dovrà essere attuata in conformità alla legge, mediante un opportuno bilanciamento tra i bisogni di sicurezza e i diritti fondamentali, ribadendo fermamente che “discrezione militare” e “sicurezza dello Stato” non sono «parole magiche che escludono il riesame giudiziario».

Nello stendere l'opinione di maggioranza, il Presidente Barak ha rievocato alcuni passaggi argomentativi contenuti nelle più importanti decisioni rese dalla Corte suprema israeliana, ricordando come «I giudici delle moderne democrazie (debbono tutelare) la democrazia sia dal terrorismo sia dai mezzi che lo Stato vuole usare per combatterlo»<sup>242</sup> e concludendo che «talvolta, una democrazia deve lottare con una mano dietro la schiena, (pur avendo) a sua disposizione una mano posta più in alto. Preservare il ruolo della legge e riconoscere le libertà individuali costituisce una componente importante per la definizione di sicurezza in una democrazia. In definitiva, si tratta di una componente che rafforza il suo spirito e questa forza le permette di superare le difficoltà»<sup>243</sup>, posto che «non c'è sicurezza al di fuori della legge»<sup>244</sup>.

Volgendo lo sguardo al presente, è dato constatare come la situazione di emergenza, lo stato di “guerra permanente” in cui lo Stato d'Israele è costretto a vivere, sin dal giorno della sua nascita, sia tutt'ora in corso. Ciò che ci si potrebbe – o dovrebbe – aspettare dal Governo del Paese, e soprattutto dalla suprema Corte è un costante impegno – da sempre rispettato – nell'affrontare con i mezzi legali a propria disposizione la difficile lotta al terrorismo, in nome della democrazia e attraverso l'applicazione dei suoi saldi principi, per dirimere l'ormai risalente conflitto tra la popolazione ebraica e il mondo arabo, nella consapevolezza che la guerra che si sta combattendo non è facile, ma che vale la pena di lottare per sconfiggere il terrorismo attraverso il diritto.

#### 8. Considerazioni conclusive.

Giunti a questo punto dell'analisi, è difficile ipotizzare di poter trarre qualche linea di tendenza destinata ad aiutarci nella stessa previsione degli equilibri e dei bilanciamenti realizzati fra due beni e valori centrali nella democrazia contemporanea, come quello della libertà e quello della sicurezza, che pertanto risulta essere aspettativa ambiziosa e destinata a restare frustrata. Indubbiamente, però, gli interrogativi sono posti e la teoria costituzionale non può che ri-mettersi al lavoro per ri-disegnare i necessari pesi e contrappesi costituzionali che le garanzie dell'inviolabilità del sistema delle libertà e della sicurezza richiedono in uno scenario nel quale il terrorismo sembra sempre più costituire un'arma tragica alla quale dimostrano tutto il proprio interesse agenzie e singoli nel perseguimento di obiettivi di riscrittura degli equilibri mondiali. Il costituzionalismo contemporaneo aveva fin qui previsto e costituzionalizzato regimi di deroga che valorizzassero e responsabilizzassero sia il potere legislativo che quello esecutivo. Per tali ragioni, appare sempre

<sup>242</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, *Beit Sourik*, cit.

<sup>243</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, 5100/94 *The Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel*, 53(4) PD 817, 845.

<sup>244</sup> Cfr. Israel High Court of Justice, *Beit Sourik* ..., cit.

più necessario lavorare, come qualche studioso ha iniziato già a fare, ad una “Costituzione di emergenza” capace di declinare le regole della fundamentalità dei diritti e delle libertà con un nuovo regime costituzionale che ne assicuri il bilanciamento con le politiche securitarie dello Stato nelle situazioni determinate dagli attacchi terroristici e comunque di emergenza.

Dall’analisi delle scelte politiche e normative di contrasto al terrorismo internazionale, poste in essere dagli ordinamenti oggetto d’indagine del presente saggio, emerge chiaramente come la portata devastante dell’attacco agli Stati Uniti d’America, l’11 settembre 2001, e i successivi attentati di Madrid (2004) e Londra (2005), compiuti dai membri dell’organizzazione terroristica di *Al Qaeda*, abbiano riproposto, su scala mondiale, amplificandola, la delicata questione della inevitabile tensione tra libertà e autorità, tra garanzia dei diritti individuali ed esigenze di tutela della pubblica sicurezza, chiamando gli Stati a garantire la sopravvivenza dell’ordine democratico senza minare la stessa architettura costituzionale dello stato di diritto.

La gravità della minaccia subita implica, senza dubbio, il diritto/dovere degli Stati di preservare l’integrità delle proprie istituzioni e di salvaguardare la sicurezza dei propri cittadini, imponendo, al contempo, l’obbligo di attuare misure di emergenza rispettose dei limiti tracciati dall’ordinamento interno e dal diritto internazionale, posto che l’ispirazione di fondo delle Costituzioni democratiche è costituita dal raggiungimento di «un accordo di validità universale, (che vada) oltre l’ambito nazionale, ... ancorato a principi generali di umanità e civiltà più vastamente ammessi, capaci in qualche modo di interpretare il comune sentire umano dopo la grande catastrofe della guerra»<sup>245</sup>.

Il diritto delle istituzioni politiche di rispondere a situazioni di emergenza attuando profonde limitazioni ai diritti di libertà, giustificate dalla necessità di garantire il bene primario della sicurezza nazionale, trova fondamento, innanzitutto, nelle clausole di sospensione dei diritti fondamentali presenti nella maggior parte degli ordinamenti<sup>246</sup>. Tuttavia, a fronte della problematicità<sup>247</sup> degli istituti di deroga ai diritti costituzionalmente protetti, i pubblici poteri sono chiamati ad evitare che «l’emergenza indebolisca le libere istituzioni, riuscendo al tempo stesso a neutralizzare efficacemente gli aggressori»<sup>248</sup>; le restrizioni apportate ai diritti fondamentali non possono spingersi sino al punto di negare gli stessi valori e diritti minacciati dal terrorismo. Pertanto, nella predisposizione di misure atte a contrastare il fenomeno terroristico e, più in generale, nella scelta dei mezzi idonei a fronteggiare una qualsiasi situazione di emergenza, gli Stati devono conformarsi ai principi sanciti dal diritto internazionale dei diritti umani e dal diritto internazionale umanitario, che, tutelando gli individui, rispettivamente, in tempo di pace e in tempo di guerra, comportano sostanziali limitazioni alla facoltà dei pubblici poteri di invadere la sfera individuale dei singoli. I due sistemi normativi si ritengono infatti applicabili contestualmente, nel senso che in presenza di un conflitto armato trovano entrambi applicazione, dovendosi notare come la tutela formale prevista dalle Convenzioni adottate su impulso del Movimento Internazionale della Croce Rossa sia ben più consistente di quella delineata dagli strumenti convenzionali adottati nell’ambito delle Nazioni Unite. Questi ultimi sanciscono l’assolutezza del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, del diritto alla vita, del divieto di schiavitù e di irretroattività delle legge penale ma consentono, in presenza di stati di eccezione, l’applicazione di un regime di deroga al divieto di privazione arbitraria della libertà e alle garanzie processuali, la cui legittimità è subordinata a precisi limiti temporali, trascorsi i quali l’azione dello Stato si traduce in una forma di abuso<sup>249</sup>. Il diritto internazionale umanitario, al contrario, prevede espressamente anche il carattere

<sup>245</sup> Cfr. G. Dossetti, *I valori della Costituzione*, in S. Marotta, (cur.), *I valori della Costituzione italiana. Atti del Convegno La Costituzione della Repubblica oggi. Principi da custodire, istituti da riformare*, Napoli, 1996, 169.

<sup>246</sup> In tal senso G. De Vergottini, *La difficile convivenza*, cit., 432 ss.

<sup>247</sup> Cfr. A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine (cur.), *Democrazie protette*, cit., 1-12.

<sup>248</sup> Cfr. G. De Vergottini, *La difficile convivenza*, cit., 438.

<sup>249</sup> In conformità alle previsioni contenute nei “Principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a ogni forma di detenzione o carcerazione” (*Body of Principles for the Protection of All persons under Any Form of Detention or Imprisonment*), adottati dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1988, le misure particolarmente restrittive della libertà personale dei detenuti e la sospensione delle fondamentali garanzie giurisdizionali non possono protrarsi per un tempo superiore ad una settimana a decorrere

inderogabile del divieto di privazione arbitraria della libertà personale e garantisce *a tutte le persone nelle mani del nemico* le fondamentali garanzie processuali, prima fra tutte l'imparzialità e l'indipendenza del giudice. Tuttavia, com'è stato acutamente sottolineato in dottrina<sup>250</sup>, la tradizionale distinzione tra i due sistemi normativi sembra svanire proprio in relazione al riconoscimento di un nucleo duro di diritti ritenuti come «assolutamente inderogabili, in ogni tempo e in ogni circostanza».

Alla luce di tali considerazioni è doveroso ribadire il primario dovere degli Stati democratici coinvolti nell'attuale fase di lotta al terrorismo internazionale di rivalutare criticamente l'efficacia e la legittimità delle politiche securitarie fondate su un approccio autoritario-repressivo orientato alla costruzione del nuovo paradigma di diritto penale del nemico, comportante una sospensione irragionevole e sproporzionata tanto della legalità costituzionale quanto dei principi di diritto internazionale consuetudinario. Come sottolineato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan, di fatto, «Sostenere i diritti umani non contrasta con la lotta contro il terrorismo: al contrario, la visione etica dei diritti umani – il rispetto profondo per la dignità di ogni persona – è una delle armi più potenti contro di esso»<sup>251</sup>. In ciò consiste il principale obiettivo per le democrazie contemporanee: affrontare la lotta al terrorismo internazionale con i mezzi legali a propria disposizione, riaffermando l'asimmetria tra diritto e crimine, tra risposta istituzionale e terrorismo<sup>252</sup>, ponendo fine al circuito di violenza che si è rivelato, sino ad ora, del tutto inefficace per la salvaguardia dell'integrità delle istituzioni democratiche<sup>253</sup>.

#### *Abstract*

*A partire dagli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, i principi e le regole del costituzionalismo contemporaneo sono entrati in crisi a causa delle strategie di contrasto al terrorismo internazionale poste in essere da molti Stati democratici. Tanto l'esperienza statunitense, quanto quella canadese, israeliana e tedesca mostrano come, nonostante la previsione costituzionale o legislativa dei poteri di emergenza all'interno dei diversi ordinamenti, gli Stati abbiano scelto di emanare normative repressive di carattere permanente, contribuendo alla diffusione del c.d. paradigma del "diritto penale del nemico", agendo al di fuori della legalità costituzionale e delle regole di diritto internazionale consuetudinario.*

*Beginning from the September 11, 2001 terrorist attacks, the principles and the rules of contemporary constitutionalism had got into a crisis because of the strategies to combat international terrorism carried out by a large number of democratic States. Both the U.S. experience and the Canadian, Israeli and German experiences show that, despite a constitutional or legislative provision relating to the emergency powers within the different legal systems, the States had chosen to enact repressive legislation with permanent effects, in contributing to the spread of the "Enemy Criminal Law", acting beyond the the rule of law and the customary international law.*

---

dal giorno in cui sono state applicate. Cfr. Principio n. 15 del *Body of Principles for the Protection of All persons under Any Form of Detention or Imprisonment*; nonché artt. 106 e 11 della IV Convenzione di Ginevra del 1949; Principio n. 7 dei *Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, che esorta all'abolizione del "solitary confinement as a punishment, or to the restriction of its use"; Comitato per i diritti umani, *General Comment 8 on Article 9*, 30 giugno 1982, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

<sup>250</sup> E. Greppi, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, 801-821.

<sup>251</sup> Cfr. Relazione del Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan alla Conferenza "Fighting Terrorism for Humanity: A Conference on the Roots of Evil", New York, 22 settembre 2003.

<sup>252</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico"*, cit., 810.

<sup>253</sup> In tal senso M. Freeman, *Freedom or Security. The Consequences for Democracies Using Emergency Powers to Fight Terror*, Westport (CT), Praeger, 2003.