



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXVI ciclo

Tesi di Dottorato

**Stato di eccezione, istanze securitarie e  
diritto penale**

*Relatore*

*Prof. Gabriele Fornasari*

*Dottoranda*

*Ilaria Marchi*

anno accademico 2012-2013





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidata: Ilaria Marchi**

# **STATO DI ECCEZIONE, ISTANZE SECURITARIE E DIRITTO PENALE**

**Relatore Prof. Gabriele Fornasari**

Anno Accademico 2012-2013



**Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto**

**XXVI ciclo**

**Esame finale: 06/03/2014**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Mauro Catenacci, Università degli Studi Roma Tre**

**Prof.ssa Antonia Menghini, Università degli Studi di Trento**

**Prof. Daniele Negri, Università degli Studi di Ferrara**



*«Un giorno l'umanità giocherà col diritto,  
come i bambini giocano con gli oggetti fuori uso,  
non per restituirli al loro uso canonico,  
ma per liberarli definitivamente da esso.  
Ciò che si trova dopo il diritto,  
non è un valore d'uso più proprio ed originale, precedente al diritto,  
ma un nuovo uso, che nasce soltanto dopo di esso»*

*G. Abamben, Stato di eccezione*

Tutto questo non sarebbe stato possibile senza l'appoggio e la guida del Prof. Gabriele Fornasari, il quale ha avuto fiducia in me e nel mio progetto, aiutandomi a ritrovare la strada in tanti momenti di insicurezza. Per questo motivo il mio primo grazie va a lui.

Devo inoltre ringraziare il Prof. Emanuel Gross, dell'Università di Haifa, grazie al quale ho potuto trascorrere il mio semestre di ricerca in Israele, confrontandomi con un sistema decisamente stimolante. Un grazie va anche al Prof. Amnon Reichman per le utili indicazioni ed al Prof. Ilan Saban, per tutto il tempo che mi ha dedicato e per i numerosi spunti di riflessione.

Un pensiero particolare va alla Prof. Sylviane Colombo, che mi ha accolta con affetto e mi ha guidata alla scoperta delle innumerevoli contraddizioni dello Stato di Israele, fornendomi uno sguardo lucido sulla realtà. Un altro immenso grazie va alla dott.ssa Cristina Zanoni che con grande passione mi ha fatto scoprire i tanti volti della Palestina, stimolando ogni giorno la mia curiosità.

Un ringraziamento spetta poi di diritto ai miei fratelli, soprattutto per le parole che non hanno detto, ai miei nipoti per aver atteso con pazienza dietro una porta chiusa ed ai miei amici più cari, che hanno capito tante cose e non me le hanno mai fatte pesare. Tra di loro un pensiero speciale va ad Eleonora, una presenza costante ed impagabile ed a Roberto, per la sua mano sempre tesa verso di me.

Ai miei instancabili genitori, oltre a dire grazie, dedico anche questo lavoro. Il loro inestimabile supporto e la loro vicinanza mi hanno aiutato a realizzare tante cose, tra cui anche un paio di sogni.





## INDICE

	Pag.
ABSTRACT	
INTRODUZIONE	I
CAPITOLO I	
IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA REGOLA ED ECCEZIONE	
1. Il binomio regola-eccezione nel paradigma dell'emergenza	1
<i>1.1. Fatto emergenziale</i>	8
<i>1.2. Stadio valutativo</i>	12
<i>Segue: le clausole di eccezione della Costituzione spagnola ed in altre     Costituzioni (cenni)</i>	21
<i>1.3. Disciplina derogatoria e stratificazione</i>	24
<i>1.4. Limitazione e controllo nel macro-livello costituzionale</i>	35
<i>Segue: Limitazione e controllo nel micro-livello decisionale</i>	38
2. Lo stato di eccezione relativo nel panorama internazionale: ragion pura	51
<i>2.1. I presupposti del regime derogatorio nel quadro della CEDU</i>	54
<i>2.2. I limiti del regime derogatorio nel quadro internazionale</i>	56
3. Lo stato di eccezione relativo nel panorama internazionale: ragion pratica	58
<i>Segue: Il ruolo del margine nazionale di apprezzamento: un legal grey     hole?</i>	60
CAPITOLO II	
QUANDO L'EMERGENZA CREA PATOLOGIE	
<i>IL CONTRASTO AL TERRORISMO NELL'ESPERIENZA ISRAELIANA</i>	
Parte prima: poteri e limiti legati allo stato d'emergenza	
1. La trama composita dei poteri d'emergenza nello Stato di Israele	67

<i>Segue: I poteri di judicial review della Corte Suprema</i>	72
2. L'emergenza nel quadro costituzionale	74
2.1. <i>La dichiarazione dello stato di emergenza al vaglio della Corte Suprema</i>	77
2.2. <i>La tutela "costituzionale" dei diritti e le sue anomalie</i>	79
3. L'emergenza tra administrative orders e mandatory rules: il ruolo del Governo	82
4. L'emergenza nel sistema normativo: il ruolo della Knesset	87
<i>Segue: Leggi dipendenti v. leggi indipendenti</i>	91
5. La complessità dell'occupazione	92

Parte seconda: quadro normativo ed approccio bellico

6. Il quadro giuridico di contrasto al terrorismo	99
6.1. <i>La Prevention of Terrorism Ordinance</i>	100
6.2. <i>Le Defence (Emergency) Regulations 1945</i>	106
6.2.1. <i>Le deportazioni: sez 112 Defence (Emergency) Regulations</i>	110
6.2.2. <i>La demolizione di case: Defence (Emergency) Regulations</i>	114
7. L'approccio bellico al terrorismo: una premessa	118
7.1. <i>L'allineamento dello Stato di Israele</i>	122
7.2. <i>Terrorismo e legittima difesa passiva: la barriera di sicurezza</i>	125
7.3. <i>Terrorismo e legittima difesa attiva: omicidi mirati e combattenti illegittimi</i>	130
<i>Segue: prove segrete e tortura</i>	142

CAPITOLO III

LA SICUREZZA NAZIONALE IN "TEMPO DI TERRORISMO"

1. La sicurezza nazionale secondo la prospettiva israeliana	153
<i>Segue: Diritto umanitario v. contro diritti umani: se si sceglie la guerra...</i>	166
2. La sicurezza nazionale secondo la prospettiva europea	173
<i>Segue: il principio di proporzionalità ed i suoi recenti sviluppi applicativi. Il caso "data-retention" quale case-study europeo del</i>	

<i>rapporto regola-eccezione</i>	177
3. La doppia anima del diritto alla sicurezza e la lotta al terrorismo	180
4. Le “dimensioni” caratterizzanti la sicurezza	186
<i>Segue: il diritto alla sicurezza nel titolo I del codice penale italiano (cenni)</i>	189
5. La sicurezza come interesse meritevole di tutela	191
Segue: possibili linee di sviluppo	199
CONCLUSIONI	205
BIBLIOGRAFIA	209



## ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di approfondire il tema del rapporto tra sicurezza e diritto penale nelle situazioni di emergenza, attraverso l'analisi del terrorismo internazionale, utilizzato come *case study*.

La disamina prende le mosse dallo stato di eccezione e dai meccanismi di "controllo" dell'emergenza interni al sistema giuridico, con il richiamo a quattro diverse fasi: l'individuazione del fatto emergenziale, la valutazione sulla instaurazione di un regime eccezionale, l'emanazione della disciplina derogatoria e l'imposizione dei relativi limiti. A sostegno della tesi per cui anche le situazioni di crisi di uno Stato debbono essere sottoposte ad una regolamentazione basata sul rispetto di diritti e principi inderogabili, viene presa in esame la disciplina delle c.d. "clausole di eccezione" presenti in alcune Convenzioni internazionali a tutela dei diritti fondamentali e le indicazioni fornite da due *reports* internazionali. A tale approccio teorico, si fa seguire una analisi della situazione riscontrata nella prassi, anche in riferimento all'utilizzo della teoria del margine nazionale di apprezzamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La trattazione si concentra poi sull'analisi degli strumenti di contrasto al terrorismo nel sistema israeliano, tenendo conto dell'approccio composito al fenomeno da esso adottato. Dopo l'esposizione del panorama costituzionale e normativo legato all'emergenza, vengono prese in esame le più importanti decisioni della Corte Suprema relative, in particolare, al problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti umani, attraverso un'analisi della giurisprudenza in materia di omicidi mirati, presunzioni di pericolosità e metodi di interrogatorio.

Vengono inoltre affrontati i problemi connessi alla sovrapposizione tra diritto umanitario e diritti umani nella valutazione della legittimità di misure anti-terrorismo particolarmente invasive per questi ultimi, mettendo in luce i rischi legati alla possibile primazia delle istanze securitarie in un quadro di contrasto di natura bellica. Attraverso tale argomento si cerca di dimostrare la correttezza della impostazione europea, che conduce il "terrorismo" fra i fenomeni di natura criminale.

L'esperienza dell'Unione europea viene utilizzata per l'analisi del rapporto tra sicurezza e diritto penale, alla luce delle nuove competenze introdotte dal Trattato di Lisbona e alle esigenze di armonizzazione nei settori indicati dall'art. 83 TFUE. In relazione a queste ultime viene messo in evidenza il ruolo fondamentale del principio di proporzionalità quale canone di politica criminale, nella formulazione delle incriminazioni minime di futuro conio, e quale importante criterio ermeneutico per la Corte di giustizia e per i giudici nazionali.

Da ultimo, viene approfondito il tema della sicurezza nazionale intesa da un lato, come diritto fondamentale autonomo e di natura relativa e, dall'altro lato, come possibile interesse meritevole di tutela, da utilizzare in ambito europeo per l'armonizzazione del diritto penale sostanziale nel settore del terrorismo e per la facilitazione della cooperazione giudiziaria.







## INTRODUZIONE

La presente indagine si concentra sul rapporto tra sicurezza e diritto penale nelle situazioni di emergenza. Essa prende le mosse, infatti, da due domande: in quale modo le esigenze di sicurezza nazionale possono influenzare un sistema giuridico? Quali sono le possibili ricadute sulla politica criminale di uno Stato democratico?

Tenuto conto della vastità del tema così delineato e degli innumerevoli spunti interdisciplinari ad esso connessi, è sembrato opportuno individuare un *case study* di riferimento. Quest'ultimo è rappresentato dal fenomeno del terrorismo internazionale che, soprattutto dopo i fatti dell'11 settembre e gli attacchi di Londra e di Madrid, ha fatto crescere le preoccupazioni legate alla sicurezza nazionale (intesa in senso lato) in seno alle Nazioni Unite e nel panorama europeo.

Prendendo spunto dalla reazione degli Stati Uniti nel quadro della “*War on Terror*”, che molto si avvicina alla posizione tradizionalmente assunta dallo Stato di Israele, si è cercato, in termini generali, di delineare delle direttive comuni finalizzate a comprendere se esista un valido meccanismo di “controllo” dell'emergenza, per poi interrogarsi sulla strada da seguire nella definizione degli strumenti di prevenzione e contrasto a tale fenomeno.

Lo Stato che si trova a fronteggiare un fatto emergenziale, quale evento umano imprevedibile che mette a rischio l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini, infatti, è costretto a muoversi entro il binomio “regola ed eccezione” e ad utilizzare poteri straordinari. Questi ultimi, sedimentandosi nel sistema, potrebbero comportarne un mutamento tale da metterne a rischio anche il suo assetto democratico.

Quel che interessa indagare è dunque in che modo queste istanze securitarie abbiano avuto accesso agli ordinamenti e se esse abbiano inciso anche sul ruolo del diritto penale.

Il primo capitolo si apre con una analisi dei c.d. “stati di eccezione”, attraverso un approccio filosofico (seppur per brevi cenni), finalizzato a fondare le premesse della successiva trattazione. Preliminarmente è sembrato utile distinguere tra “stato di eccezione assoluto”, ove le decisioni politiche sono prive di limiti giuridici e l'intero ordinamento è sacrificato all'utilitarismo dell'emergenza, e “stato di eccezione relativo”, in cui la deviazione dall'ordinario meccanismo di funzionamento del sistema

giuridico è la strada obbligata per permettere una risposta rapida ed efficiente ad eventi imprevedibili e potenzialmente catastrofici.

Dopo aver preso posizione a favore della seconda impostazione proposta, si procede con una disamina del meccanismo attraverso il quale, dal riconoscimento di un fatto emergenziale, si giunge ad introdurre nel sistema giuridico delle deroghe dettate dall'emergenza. A tal fine si è deciso di suddividere l'argomentazione in quattro differenti parti: la prima è intesa a delineare i presupposti per il riconoscimento di un fatto emergenziale, la seconda riguarda lo stadio valutativo che porta a decidere se sia necessario instaurare lo "stato di eccezione", la terza e la quarta approfondiscono le caratteristiche di una possibile disciplina derogatoria e le relative ed irrinunciabili limitazioni.

Muovere dalla individuazione dei caratteri dell'emergenza è necessario per evitare che un regime straordinario venga instaurato al solo fine di sottrarre alcune misure al controllo di costituzionalità, oppure di sovvertire gli equilibri tra poteri pubblici. Questo rischio emerge soprattutto in relazione al momento valutativo, poiché di natura prettamente politica e deputato a stabilire se, per salvaguardare la sicurezza nazionale, sia necessario rinunciare temporaneamente a certe garanzie - tra cui spiccano la tutela dei diritti fondamentali e la tripartizione dei poteri - o se simili misure si mostrino sproporzionate rispetto al fine da perseguire, oppure alla natura della minaccia da fronteggiare.

Tale questione viene approfondita ricorrendo ad alcune teorie, avanzate con il proposito di fornire soluzioni utili ad evitare l'istituzionalizzazione dell'emergenza. La prima è basata sulla necessità di prevedere delle "clausole di eccezione" all'interno delle Leggi fondamentali (così come in Spagna o in Sudafrica), che impongono al Parlamento di controllare, attraverso l'utilizzo di maggioranze crescenti, l'instaurazione e la durata dello stato di emergenza. La seconda è invece rappresentata dal c.d. *Extra Legal Measure Model* che, al contrario, propone di affrontare il fatto eccezionale al di fuori del sistema giuridico, lasciando libertà di iniziativa all'esecutivo, così da giudicare solo *ex post* la correttezza della misura di volta in volta adottata, emanando se del caso una sorta di *Act of Indemnity*.

In relazione alla disciplina derogatoria che alcuni Stati hanno deciso di adottare nella prevenzione e nel contrasto al terrorismo, si è invece utilizzato lo strumento della

comparazione. Lo scopo è quello di individuare degli esempi utili a mettere in luce le distorsioni che un ordinamento potrebbe subire in fase “emergenziale”, per poi verificare se esse possano essere risolte con l’intervento delle Corti.

A tal fine si è fatto riferimento agli Stati Uniti, in relazione soprattutto all’espansione dei poteri di polizia ed investigativi legata all’adozione del *Patriot Act*, all’esperienza del Regno Unito, relativa al prolungamento dei termini di detenzione amministrativa previsto dall’art. 23 del *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* (sottoposto poi alle censure della *House of Lords* e della Corte europea dei diritti dell’uomo) e, da ultimo, sono state prese in considerazione alcune modifiche introdotte in Italia dal d.l. 144/2005.

Proprio in riferimento a tale quadro “derogatorio” ci si è interrogati sul ruolo delle Corti Supreme, sia nel macro-livello costituzionale, sia nel micro-livello decisionale.

Nel primo caso, si fa riferimento al carattere necessariamente frammentario della sovranità nelle situazioni segnate dall’emergenza e, in relazione ad esso, al ruolo in “negativo” dei diritti fondamentali, quali limiti ultimi ed estremi rispetto all’espansione incontrollata dei pubblici poteri; nel secondo caso, si mette in luce l’apporto fondamentale delle Corti nella “normalizzazione” dell’emergenza, prendendo spunto dal loro ruolo sussidiario ed integrativo rispetto a quello del legislatore. In fase applicativa, infatti, emergono con maggiore chiarezza le implicazioni legate alle misure emergenziali ed i loro difetti, motivo per cui solo in tale momento ai giudici viene dato modo di porvi rimedio, intervenendo a garanzia del nucleo essenziale dei diritti umani.

Tale protezione si attua attraverso la valutazione di proporzionalità, necessità ed idoneità della misura rispetto allo scopo (vedi le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte costituzionale rumena in tema di *data-retention*) ed il richiamo al rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari. Quest’ultimo aspetto è stato fatto emergere con il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, relativa in particolare alle fattispecie di cui agli artt. 270-*bis*, 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p., nonché a quella relativa all’interpretazione del concetto di “condotte con finalità di terrorismo” di cui al successivo art. 270-*sexies* c.p.

Per rafforzare l’argomentazione secondo cui anche nello “stato di eccezione” continuano ad applicarsi regole e principi irrinunciabili dello Stato di diritto, si è deciso di concentrare la trattazione sulle c.d. “clausole di eccezione”, presenti in alcune

Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani. In particolare si è preso spunto dalle previsioni dell'art. 15 CEDU, dell'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e dell'art. 27 della Convenzione americana per i diritti dell'uomo, che conferiscono agli Stati la possibilità di avvalersi dei c.d. *emergency powers*, tracciando allo stesso tempo limiti ben precisi, rappresentati da alcuni diritti inderogabili, ripresi anche dai “*Paris Minimun Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*” e dai “*Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant of Civil and Political Rights*”.

Restando nel quadro teorico di “gestione” dello stato di emergenza, si propone poi una rapida disamina degli otto principi guida enucleati a livello internazionale e fatti confluire nel “*Questiaux Report*” del 1982 e successivamente nel “*Despouy Report*” del 1997, entrambi relativi alla tutela dei diritti umani in situazioni di emergenza.

Volgendo lo sguardo alle tipologie di stati di emergenza che si possono riscontrare nella Comunità internazionale, ed alle caratteristiche essenziali che li connotano, emergono però delle anomalie, che dimostrano come la costruzione teorica delineata non venga poi osservata nella prassi. Si è riscontrato, infatti, che in alcuni casi gli Stati hanno fatto uso di poteri straordinari come strumento ordinario di governo, oppure hanno prorogato *sine die* lo stato di emergenza, rendendolo parte coesistente del sistema giuridico. In relazione all'art. 15 CEDU è poi sembrato utile indagare, in fase applicativa, il ruolo della teoria del margine di apprezzamento della Corte EDU, per verificare se la discrezionalità lasciata volutamente ai governi nazionali possa incidere in modo significativo sullo *standard* minimo di garanzie da dover assicurare ai diritti fondamentali.

Il filo rosso che lega il primo al secondo capitolo è segnato nuovamente dal tema dell'emergenza, declinato nell'ambito del contrasto al terrorismo internazionale e basato sull'analisi delle misure adottate dall'ordinamento israeliano. Tale scelta è stata dettata dal fatto che lo Stato di Israele può essere ritenuto un modello di “stato di eccezione endemico”, poiché la dichiarazione di emergenza nazionale intervenuta nel 1948, quattro giorni dopo la Dichiarazione di indipendenza, perdura senza soluzione di continuità fino ad oggi.

Le difficoltà incontrate per reperire le fonti, spesso non tradotte, sono state sopperite in parte dal confronto diretto con alcuni Professori dell'Università di Haifa ed in parte

dall'utilizzo di fonti indirette. L'analisi del sistema è stata condotta facendo esclusivo riferimento alla giurisprudenza della Corte Suprema, vista l'impossibilità di accedere a quella di merito, tradotta solo in minima parte ed in via riassuntiva, per lo più da Associazioni per la tutela dei diritti umani. Anche per tale motivo sono stati utilizzati come fonte alcuni *position papers* di queste ultime ed alcuni articoli di giornale, che riportano informazioni aggiornate sullo sviluppo della discussione relativa al contrasto al terrorismo in seno al Parlamento.

La prima parte è dedicata da un lato, alla disamina della disciplina dello stato di emergenza nazionale nel quadro "costituzionale" e delle anomalie che si possono riscontrare nelle due *Basic Laws* dedicate alla tutela dei diritti fondamentali e, dall'altro lato, alla analisi del ruolo del governo e di quello del parlamento. Il primo possiede ampi poteri di intervento nel settore della prevenzione e del contrasto al terrorismo, potendosi servire di *emergency regulations*, spesso tradotte in legge ordinaria senza alcuna modifica o controllo di compatibilità con il dettato costituzionale. Il secondo, invece, ha tradizionalmente mantenuto un approccio minimalista alle questioni concernenti la sicurezza nazionale, aumentando il suo grado di coinvolgimento solo a seguito delle sollecitazioni della Corte Suprema.

Il complesso quadro normativo dello Stato di Israele soffre inoltre delle sovrapposizioni della disciplina nazionale con le previsioni della Convenzione dell'Aia, legata alla regolamentazione dei territori occupati ed in particolare di quelli di *West-Bank (Judea e Samaria)*. In relazione a quest'ultimo punto si è volutamente omissivo dalla trattazione il riferimento alla Striscia di Gaza che, dopo il *disengagement* del 2005, gode di una condizione giuridica *sui generis*.

La seconda parte si concentra sull'analisi del ruolo della Corte Suprema quale garante dei diritti umani, in relazione alle misure anti-terrorismo applicate sia all'interno del territorio nazionale, sia nei "territori". L'argomentazione si snoda secondo due direttive, che risentono del tipo di approccio al fenomeno che lo Stato di Israele dimostra di adottare. Il piano legislativo di lotta al terrorismo si risolve, da un lato, in una dimensione dinamica o *in action*, caratterizzata dal richiamo al diritto bellico e, dall'altro lato, in una dimensione statica, connotata dall'utilizzo di strumenti di natura amministrativa e penalistica.

Partendo dal quadro legislativo si prendono in considerazione alcune disposizioni della *Prevention of Terrorism Ordinance* del 1948 e, successivamente, sul piano delle misure amministrative, quelle delle *Defence (Emergency) Regulations* del 1945, soffermandosi sulla questione delle deportazioni e della demolizione di case.

Come già precedentemente sottolineato, quando si tratta di dover agire in via preventiva a fronte del rischio di un attacco terroristico, lo Stato di Israele muta il proprio piano legale di riferimento richiamando lo *jus ad bellum*. La stessa Corte Suprema ha infatti riconosciuto la validità di quelle correnti dottrinali che hanno paragonato il terrorismo ad un attacco armato, con richiamo all'51 della Carta ONU, legittimando in tal modo le azioni intraprese nel paradigma della legittima difesa, sia di natura passiva (di cui è un esempio la costruzione della barriera di sicurezza), sia di natura attiva. In relazione a quest'ultima l'attenzione si è concentrata sulle sentenze della Corte, anche nella veste di *High Court of Justice*, relative agli omicidi mirati, alle presunzioni di pericolosità (passando dallo *status based approach* alla *individual dangerousness doctrine*), ed ai metodi di interrogatorio utilizzati dai servizi segreti.

Ciò che rende la comparazione interessante è soprattutto l'atteggiamento assunto dalla Corte, che ha sempre ripudiato il brocardo "*inter armis silent leges*", ribadendo in più occasioni la sua competenza a decidere in fase di piena emergenza e la possibilità di esercitare il proprio potere di *judicial review* anche sulle misure adottate nell'ambito di strategie militari legate alla sicurezza nazionale. In tal modo viene in rilievo l'operazione ermeneutica condotta per la riaffermazione del ruolo fondante del principio di proporzionalità tra azione dello Stato e danni collaterali ai civili, la definizione dei confini della scriminante dello stato di necessità e l'analisi dei difficili rapporti tra prevenzione-generale negativa e responsabilità collettiva.

Nel terzo capitolo si affronta il tema relativo al ruolo della sicurezza nella prevenzione e nel contrasto al terrorismo internazionale, prendendo l'esperienza israeliana come modello preliminare di riferimento.

Ciò che si tenta di mettere in luce sono, in particolare, le patologie ed i rischi per il sistema di protezione dei diritti umani, in caso di contrasto di natura bellica al fenomeno terroristico. Anche se il costante operare della Corte Suprema ha individuato, anche in contesti di crisi, alcuni principi irrinunciabili per condurre il vaglio sulla compatibilità delle misure di prevenzione con la libertà fondamentali, tale strada è stata imboccata

con cautela. Questo atteggiamento si riflette soprattutto sulla decisione di accordare alle azioni intraprese dai *military commanders* una presunzione relativa di buona fede e di conformità con le necessità legate alla sicurezza nazionale.

Accanto al grande merito di aver creato in via ermeneutica un *test* di proporzionalità e necessità molto stringente, e di aver posto l'accento sull'importanza di sottoporre alcune questioni, come quella della tortura, al vaglio democratico (giungendo così ad ottenere una regolamentazione legislativa dell'attività del *General Security Service*), si annoverano comunque delle "distorsioni".

Il richiamo alle previsioni della Convenzione dell'Aia, e soprattutto a quelle della IV Convenzione di Ginevra, conduce la Corte Suprema ad utilizzare nel bilanciamento tra interessi contrapposti un paradigma tipico dello *jus in bello*, con garanzie inferiori rispetto a quelle che si riconoscerebbero con l'utilizzo delle previsioni a tutela dei diritti umani. Nonostante la dottrina internazionalistica faccia riferimento ad una "applicazione integrata" tra i due *corpora* normativi, infatti, la Corte internazionale di giustizia ha definito il diritto umanitario come *lex specialis* rispetto alle norme poste a tutela dei diritti umani, riconoscendo in tal modo la prevalenza del primo sulle seconde.

Proprio tale quadro, di cui il sistema israeliano è un esempio, porta a ribadire con maggiori certezze la necessità di trattare il terrorismo come fenomeno criminale, predisponendo misure di prevenzione e di contrasto basate sul diritto penale e la cooperazione giudiziaria.

Ai fini della trattazione si è scelto di partire dalla dimensione europea, tenuto conto delle nuove competenze conferite all'Unione a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona. L'art. 83 TFUE, tra le forme di criminalità particolarmente gravi annovera infatti anche il terrorismo, riconoscendo al legislatore europeo la possibilità di procedere ad una armonizzazione del diritto penale attraverso lo strumento della direttiva. Tale attribuzione dovrà essere esercitata soprattutto tenendo conto del ruolo fondamentale del principio di proporzione, così come richiamato dall'art. 5, par. 4 TUE, dall'art. 52, par. 1, della Carta europea dei diritti fondamentali e dalla clausola di collegamento del successivo par. 3, che impone di tenere conto anche delle acquisizioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, affinché lo *standard* di tutela da conferire ai diritti umani non sia inferiore a quello delineato dalla CEDU.

In relazione alla emergenza connessa ai reati di matrice terroristica ed alle istanze securitarie che provengono anche dalla Comunità internazionale (soprattutto in relazione al contenuto della Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1373/2001), è sembrato opportuno verificare se la sicurezza nazionale abbia oggi assunto una dimensione nuova.

In altre parole, si è voluto indagare se la sicurezza possa essere considerata come interesse meritevole di tutela, idoneo a guidare soprattutto il legislatore europeo in sede di tipizzazione delle incriminazioni minime *ex art.* 83 TFUE, oppure se essa debba rimanere un bene secondario e di sfondo, verso il quale tutto il sistema penale deve tendere.

Attraverso un'analisi della sicurezza, intesa da un lato quale diritto del singolo a non subire ingerenze sproporzionate o arbitrarie nei propri diritti fondamentali da parte dello Stato e, dall'altro lato, come obbligo positivo di quest'ultimo nei confronti dei cittadini, si è cercato di tracciare un percorso argomentativo che possa giustificare la sua interpretazione quale diritto fondamentale autonomo e relativo.

Prendendo inoltre le mosse da una lettura pluridimensionale di tale concetto, secondo i binomi "interna-esterna", "individuale-collettiva", "materiale-ideale", si è cercato di mettere in luce come in realtà, in alcune fattispecie del titolo I del nostro codice penale, sia già possibile ravvisare la sicurezza collettiva interna ed esterna come bene giuridico protetto. Alla luce di tali premesse, e tenendo conto anche delle decisioni di alcune Corti costituzionali di Stati membri dell'Ue, delle previsioni della Carta di Nizza e della giurisprudenza della Corte EDU, si è proposto un modello interpretativo del bene giuridico "sicurezza".

La ricostruzione a cui si è giunti, che fa riferimento alla sicurezza "collettiva ideale", quale bene giuridico intermedio, rispetto alla "sicurezza collettiva materiale", può assumere un ruolo guida nell'ottica dei possibili sviluppi nel settore della prevenzione del contrasto al terrorismo a livello europeo. In tale contesto, infatti, risulta imprescindibile partire da una relativizzazione delle esperienze nazionali per giungere alla individuazione di un concetto "unitario" di bene tutelato, idoneo a facilitare una armonizzazione spontanea tra le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.

Tale operazione risulta particolarmente rilevante se si considera che l'individuazione chiara e precisa del bene da proteggere può incidere sulla tecnica di formulazione delle



fattispecie, soprattutto se connotate da anticipazione di tutela, nonché sul settore della cooperazione giudiziaria, influenzando sullo *standard* di garanzie a favore dell'imputato nelle fasi di acquisizione degli elementi di prova e di loro traduzione nel processo.







## CAPITOLO I

### IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA REGOLA ED ECCEZIONE

SOMMARIO: *1. Il binomio regola-eccezione nel paradigma dell'emergenza; 1.1. Fatto emergenziale; 1.2. Stadio valutativo; Segue: le clausole di eccezione della Costituzione spagnola ed in altre Costituzioni (cenni); 1.3. Disciplina derogatoria e stratificazione; 1.4. Limitazione e controllo nel macro-livello costituzionale; Segue: Limitazione e controllo nel micro-livello decisionale; 2. Lo stato di eccezione relativo nel panorama internazionale: ragion pura; 2.1. I presupposti del regime derogatorio nel quadro della CEDU; 2.2. I limiti del regime derogatorio nel quadro internazionale; 3. Lo stato di eccezione relativo nel panorama internazionale: ragion pratica; Segue: Il ruolo del margine nazionale di apprezzamento: un legal grey hole?*

#### *1. Il binomio regola-eccezione nel paradigma dell'emergenza*

L'emergenza è un concetto fluido che si presta a diverse interpretazioni. Può delinarsi, infatti, come un evento improvviso ed imprevisto che mette in crisi l'ordinaria realtà fattuale, obbligando a scelte di natura straordinaria, ma può essere anche utilizzato come un aggettivo da collocare, con significato ed impatto variabile, nelle diverse aree del diritto. Nel primo caso il riferimento viene fatto ad una causa, da cui discendono degli effetti, nel secondo caso l'attenzione è posta sugli effetti, che non necessariamente derivano da una causa dotata di caratteristiche emergenziali<sup>1</sup>.

Un *trait d'union* tuttavia esiste ed è unico: quando si discute di emergenza, si discute di un fatto umano o naturale che turba la normalità giuridica, mettendo in luce la inadeguatezza dell'ordinamento nel fronteggiarlo, al punto da rendere necessarie delle eccezioni. Queste, a loro volta, possono assumere due diverse fisionomie, traducendosi in una disciplina temporaneamente derogatoria, ovvero in una meramente sospensiva.

L'emergenza costringe quindi a riflettere sui limiti del diritto e sulla modificabilità dell'ordinamento in situazioni di crisi, per trovare degli strumenti che permettano di superarla senza ricorrere a misure d'eccezione esterne al sistema, oppure a situazioni di completa anomia, con gravi ingerenze nei diritti fondamentali.

Lo Stato che si trova a fronteggiare un fatto emergenziale, quale evento umano imprevedibile, che mette a rischio l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini, è costretto a muoversi entro il binomio "regola ed eccezione", attraverso l'utilizzo di

---

<sup>1</sup> G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 138 ss.

poteri straordinari difficili da controllare, poiché sono «i poteri legali che più di tutti si avvicinano a quello costituente, per definizione illimitato e giuridicamente incontenibile»<sup>2</sup>. Esiste quindi il pericolo di mascherare dietro il nobile fine della salvaguardia di diritti fondamentali e di interessi primari l'affermazione di valori diversi o, addirittura, la negazione di valori fino a quel momento garantiti.

Quando l'emergenza investe l'ordinamento si deve preliminarmente comprendere se l'eccezione che essa porta con sé obblighi ad una proiezione esterna al sistema giuridico che, incidendo su quest'ultimo, potrebbe mutarne anche la natura, oppure se questa possa essere decisa all'interno del sistema ordinario. In altre parole, si è costretti a scegliere tra uno stato d'eccezione assoluto ed uno stato d'eccezione relativo.

Carl Schmitt coglie proprio questa dimensione politica dell'emergenza quando sostiene che «il problema di chi decide di questo potere, e cioè del caso non regolato dal diritto, diventa il problema della sovranità»<sup>3</sup>, da cui segue il corollario per cui «sovrano è chi decide sull'eccezione»<sup>4</sup>. Per il decisionismo, infatti, l'emergenza è una eccezione assoluta ove lo Stato continua a sussistere mentre il diritto viene meno e la decisione è ciò che resta nell'attesa che la norma venga ripristinata<sup>5</sup>.

L'eccezione non può essere fattualmente circoscritta e resa conforme ad una legge pre-costituita, perché non può esserne fornita alcuna definizione esaustiva visto che i limiti ed i confini esterni non sono chiari. Tuttavia, essa è ancora inserita in un paradigma

---

<sup>2</sup> G. MARAZZITA, op.cit., pp. 223 ss. L'Autore chiarisce l'argomentazione facendo riferimento a due modelli: il modello conservativo e quello evolutivo, che si distinguono per il fine con cui lo Stato fa ricorso alla straordinarietà. Pur non potendo definire quale dei due sia migliore, è importante comunque mettere in luce la distinzione tra emergenza pura ed emergenza ibrida (quella in cui coesistono elementi della fase costituente), poiché solo nel secondo caso si potrebbe giungere ad una modifica dei valori di fondo dell'ordinamento, sfruttando la sua fase di sospensione. Tale modifica, per quanto non necessariamente negativa, sarebbe comunque viziata a monte da una carenza di legittimazione, posto che le decisioni politiche fondamentali sarebbero prese da un organo deputato solo alla gestione dell'emergenza. Ciò posto, risulta che lo stato di eccezione sia un *quid* distinto dalla crisi costituzionale.

<sup>3</sup> Vedi C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari, 1975, p. 204.

<sup>4</sup> Così C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, trad. it. a cura di G. Miglio-P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 33 ss. L'Autore ritiene che «l'eccezione è più interessante del caso normale poiché quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo nell'eccezione» (p. 41).

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 39. Da ciò si desume che lo Stato ha una netta superiorità rispetto alla validità della norma giuridica, perché la decisione, liberandosi dai rigorosi limiti posti dal diritto, diventa assoluta. «In caso di normalità la decisione viene ridotta al minimo, allo stesso modo in caso di eccezione viene annullata la norma. Tuttavia, anche il caso d'eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, poiché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, permangono nell'ambito del dato giuridico». Di conseguenza nell'eccezione rimane la decisione, in quanto il presupposto per applicare la norma e considerare quindi operante l'ordinamento, è che vi sia ordine. «La sovranità non è monopolio della sanzione o del potere, ma è monopolio giuridico della decisione».

giuridico diverso dall'anarchia e dal caos. In esso, infatti, esiste ancora un ordine, che viene regolato attraverso due forme di governo: la dittatura commissaria, che sospende il diritto costituzionale per operare attraverso norme di applicazione del diritto a loro volta costituzionali e finalizzate a ripristinare l'ordine (sospendere la Costituzione per difenderne l'esistenza) e la dittatura sovrana che, al contrario, mira a creare uno stato di cose che permetta di sostituire la Costituzione<sup>6</sup>. La stessa figura del sovrano, nello stato di eccezione, sta fuori dall'ordine giuridico normalmente valido e tuttavia vi appartiene, perché è colui che si assume la responsabilità di decidere se la Costituzione debba o meno essere sospesa<sup>7</sup>.

Sebbene l'approdo finale proposto sia quello della legittimazione della dittatura, il richiamo alla sovranità non è di poco conto, soprattutto per le odierne democrazie, dato che permette di spostare l'attenzione sulla preservazione non dello Stato *tout court* ma di una certa forma di Stato e di bilanciamento tra poteri<sup>8</sup>.

Lo stato di eccezione, per altro verso, potrebbe essere letto anche come un *quid* che non può essere regolato dal diritto, perché è il mezzo attraverso il quale il diritto stesso viene sospeso, creando con tale meccanismo una valvola idonea a far filtrare la violenza nel sistema. Questo è ciò che emerge dal brocardo «*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*» che fonda la teoria di Santi Romano, secondo cui la necessità deve essere appunto considerata fonte del diritto, unica idonea a permettere all'ordinamento giuridico di adeguarsi alle sfide poste dalla realtà.

Applicando tale teoria alle situazioni di crisi dello Stato se ne deduce che anche atti illegali, poiché posti in essere *contra ius*, possano essere giustificati e considerati legittimi se fondati sulla necessità. Essa, infatti, sarebbe per sua stessa natura prevalente

---

<sup>6</sup> Per un approfondimento vedi G. SCHWAB, *Carl Schmitt: la sfida dell'eccezione*, Bari, Laterza, 1986, pp. 63 ss. In particolare si sottolinea che nella dittatura commissaria il dittatore, da un lato, deve venire nominato solo in caso di minaccia seria e per il tempo strettamente necessario a superarla e, dall'altro lato, esso può sospendere la Costituzione o la legge ordinaria, ma non può abrogarle. Il compito del dittatore commissario è quello di superare il pericolo e rinvigorire le fondamenta giuridiche che erano state messe a rischio. La sospensione della Costituzione, in tal caso, non può che essere letta come un meccanismo di tutela. Per un approfondimento sul binomio regola-eccezione in caso di emergenza vedi O. GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, in *21 Car. L. Rev.*, 2000, pp. 1825 ss.

<sup>7</sup> Nella formulazione della sua teoria sullo stato di eccezione, Carl Schmitt aveva bene in mente la formulazione dell'art. 48 della Costituzione della Repubblica di Weimar che, in caso di emergenza, trasferiva al Presidente tutti i poteri necessari per il ripristino dell'ordine, tra cui quelli di usare la forza e quello di sospendere i diritti fondamentali. Infatti mancava del tutto un sistema di *checks and balances* nei confronti dei poteri del Presidente e del governo, il peso del parlamento era irrilevante e vi era la totale assenza di controllo giurisdizionale. Vedi, per un approfondimento G. MARAZZITA, op.cit., pp. 119 ss.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 21.

rispetto alla legge, sia dal punto di vista sia logico, sia storico e si andrebbe a sostituire alla norma giuridica vigente, in forza delle istanze della realtà fattuale<sup>9</sup>.

Non si deve però dimenticare che la necessità non è un concetto oggettivo, ma implicando un giudizio morale ed una valutazione soggettiva, sia sulla presenza della necessità, sia sulla inidoneità della regola a fare fronte al fatto nuovo, reclama comunque l'individuazione di un "sovrano". Quest'ultimo si assume quindi la responsabilità degli effetti legati all'introduzione delle deroghe al regime ordinario, che potrebbero anche essere distorti al punto tale da modificare gli stessi equilibri di potere e di governo del sistema.

La *policy* adottata dagli Stati Uniti dopo gli attacchi dell'11 settembre<sup>10</sup>, per esempio, ha dimostrato come la dichiarata necessità di intervenire in modo rapido ed efficace nel contesto della "war on terror" ha permesso al Presidente di abusare dei propri poteri straordinari, creando terreno fertile per una limitazione spesso irragionevole e sproporzionata delle libertà fondamentali. Grazie alla facoltà di agire secondo apprezzamenti personali sul grado di minaccia alla sicurezza USA, in assenza di controlli effettivi, le misure eccezionali introdotte non sono ricadute solo sui sospetti terroristi ma anche sulla popolazione civile, che è stata sottoposta a sorveglianza segreta e costante, attraverso intercettazioni e monitoraggio di dati sensibili<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. ammin. in Italia*, 1909, pp. 251 ss., ora in ID., *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 364. L'Autore precisa che «ci sono norme che non possono scriversi o non è opportuno che si scrivano; ce ne sono altre, che non possono determinarsi se non quando si verifica l'evenienza cui debbono servire».

<sup>10</sup> Il riferimento va al *USA Patriot Act* ed al successivo *Presidential Military Order* (in particolare la sez. 4) con cui, *inter alia*, si autorizzavano detenzioni a tempo indeterminato, si sospendeva l'*habeas corpus*, si negavano i diritti umanitari minimi agli *unlawful (enemy) combatants* e si riconosceva (come accade oggi) la competenza delle corti militari in materia di terrorismo. E' importante sottolineare come il *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*, licenziato dal Presidente Obama, preveda ancora oggi, nella sez. 1021, la possibilità di detenere a tempo indeterminato coloro che sono sospettati di essere parte, o di favorire, organizzazioni terroristiche. Per un approfondimento vedasi M.L. CORRADO, *Punishment, Responsibility and Preventive Detention in American Jurisprudence*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, n. 104, 2012, pp. 99 ss.

<sup>11</sup> Cfr. il titolo II del *USA Patriot Act - Enhance Surveillance Procedures* – ed in particolare le sezz. 206, 216 e 218 che fanno espresso riferimento alle intercettazioni telefoniche e telematiche, permettendo che le stesse intervengano in modo segreto e con un onere della prova al di sotto di quello minimo della "probable cause of crime". Per il rischio a cui sono sottoposte le libertà fondamentali vedi E. VIANO, *Balancing Liberties and Security Fighting Cybercrime: Challenges for the Networked Society*, pp. 33 ss. in S. MANACORDA (eds.)-R. FLOR-J. OH. JANG (coord.), *Cybercriminality: Finding a Balance between Freedom and Security*, ISPAC, 2012. Per un'analisi del sistema di contrasto al terrorismo introdotto negli Stati Uniti all'indomani dell'11 settembre vedi J. VERVAELE, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 739 ss.



Altri esempi di sospensione dei diritti umani dettati dall'emergenza riscontrabili nella prassi sono il c.d. "legal black hole"<sup>12</sup> rappresentato da Guantanamo, le torture perpetrate in sede di interrogatorio, l'utilizzo sconsiderato della *preventive detention*, l'introduzione di una categoria ibrida di soggetti - gli "unlawful combatants" - al fine di escludere in capo ad essi l'applicabilità di tutte garanzie di cui godono i prigionieri di guerra, alla luce delle previsioni delle Convenzioni di Ginevra<sup>13</sup>.

Se si accogliesse dunque la teoria per cui "*necessitas non habet legem*", si dovrebbe ammettere che nelle situazioni in cui la sicurezza nazionale è in crisi sarebbe legittimo per lo Stato agire in uno stato di eccezione assoluto<sup>14</sup>, ove le decisioni politiche sono prive di limiti giuridici, l'intero ordinamento è sospeso - poiché sacrificato all'utilitarismo dell'emergenza - e dove la necessità viene asservita alle esigenze dello Stato<sup>15</sup>.

Lo stato di eccezione deve al contrario avere un ruolo diverso. Esso, come sostenuto da Agamben, non è una lacuna normativa ma è una lacuna fittizia, poiché la sospensione della norma non è finalizzata al suo annientamento, bensì alla sua conservazione. La lacuna è dunque una frattura tra la norma astratta, che deve regolare un fatto, ed un fatto straordinario non suscettibile di regolamentazione, che impone la creazione di uno spazio in cui la applicazione, e non la vigenza della norma, sono sospesi<sup>16</sup>.

Da ciò segue che solo operare in uno stato di eccezione relativo, che imbriglia l'emergenza entro principi e limiti giuridici inderogabili, permette ad uno Stato di restare fedele alla *Rule of Law*. In altre parole, quando ci si confronta con il c.d. "stato

<sup>12</sup> Vedi J. STEYN, *Guantánamo Bay: The legal black hole*, in *53 Int. & Comp. L. Q.*, 2004, pp. 1 ss.

<sup>13</sup> Per un approfondimento vedi T.D. GILL-E. VAN SLIEDREGT, *Guantanamo Bay: a Reflection on the Legal Status and Rights of "Unlawful Enemy Combatants"*, pp. 1 ss., in A.M. HOLE- J. VERVAELE, *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Intersentia, Oxford, 2005.

<sup>14</sup> Il termine richiamato pone l'accento su due possibili interpretazioni dello stato di eccezione, l'uno relativo e l'altro assoluto. Il primo è quello che, pur comportando la sospensione/deroga di diritti e garanzie in casi di emergenza, rimane comunque immanente al sistema, poiché legato a quest'ultimo dalla presenza di limiti inderogabili. Il secondo è quello che lo stesso Agamben definisce "spazio libero dal diritto", ove le decisioni sono meramente politiche e finalizzate ad un obiettivo primario rappresentato dalla salvezza dello Stato. Quest'ultimo può essere paragonato all'"*Extra Legal Measures Model*", illustrato da O. GROSS, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *112 Yale L. J.*, 2003, pp. 1096 ss.

<sup>15</sup> Cfr. S. ROMANO, op.cit., pp. 263 ss. L'Autore precisa che l'impero della necessità non è da escludersi «neppure quando si riferisce ad un caso che la legge ha contemplato e regolato, come lo stato di guerra: se l'Autorità militare o il Governo avessero bisogno di altri poteri, oltre a quelli consentiti dal codice penale militare, ammesso in ipotesi che quest'ultimo li limiti, tali poteri sarebbero giuridicamente esercitabili». Aggiunge inoltre che la necessità permette di uscire dalla legalità, ma solo per un periodo limitato di tempo, poiché è l'elemento della temporaneità a rappresentare la linea di discriminazione tra vera necessità ed arbitrio.

<sup>16</sup> Vedi G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010, p. 42.

di eccezione” quale concetto-limite o soglia dell’ordinamento, si entra in uno spazio connotato da una forte commistione tra diritto e politica<sup>17</sup>, per tale motivo definito «*an invisible topic in legal theory*»<sup>18</sup>, ma non in uno spazio di completa anomia. In un simile paradigma, infatti, la deviazione dall’ordinario meccanismo di funzionamento del sistema giuridico è la strada obbligata per permettere una risposta rapida ed efficiente ad eventi imprevedibili e potenzialmente catastrofici per la sicurezza e per l’ordine pubblico<sup>19</sup>.

Il problema non sembra però quello di stabilire se l’eccezione sia immanente o meno al sistema, perché la sospensione o deroga temporanea alla norma non equivale alla sua abrogazione<sup>20</sup>. Si tratta invece di addentrarsi in una valutazione più complessa, finalizzata a comprendere fino a che punto la risposta straordinaria possa sovvertire la tradizionale gerarchia delle fonti ed accedere all’ordinamento, in modo particolare in relazione alle attività di contrasto a fenomeni criminali complessi, di natura transnazionale e con gravi conseguenze su vita ed integrità fisica della collettività, come il terrorismo.

Nelle situazioni di emergenza, infatti, le singole norme che si decide di sospendere mantengono comunque la loro vigenza in termini assoluti, tollerando una deroga temporanea e funzionale al mero ripristino della regola ordinaria<sup>21</sup>. Proprio per tale motivo, secondo parte della dottrina, la vera essenza dell’eccezione è rappresentata dalla divaricazione della forza di legge dalla legge: l’eccezione è ricostruita come uno stato in

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 9 ss.

<sup>18</sup> F. SHAUER, *Exceptions*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1991, p. 58. L’Autore concepisce l’eccezione come un fenomeno prettamente giurisprudenziale, che mette in luce il nesso costante tra diritto e contesto sociale.

<sup>19</sup> Tale approccio abbraccia la teoria dualistica, secondo cui le situazioni di crisi che lo Stato si trova affrontare devono essere disciplinate in forza di regole *ad hoc*, che non permettano al sistema giuridico di restare immutato anche in caso di emergenza. Per un confronto tra teoria monistica e dualistica vedi J. FERREJOHN-P. PASQUINO, *The Law of the Exception: a Typology of Emergency Powers*, in *2 Int’l J. Const. L.*, 2004, pp. 221 ss.

<sup>20</sup> Una parte della dottrina prende posizione in merito al dibattito relativo alla possibilità di includere o meno l’eccezione nel sistema giuridico, specificando che secondo alcuni essa è esterna all’ordinamento, poiché si presenta come fenomeno politico o extragiuridico. Secondo altri essa è immanente allo stesso, poiché fondata sulla necessità che agisce come forma autonoma di diritto, ovvero perché rappresenta il diritto naturale dello Stato alla sua sopravvivenza. Vedi dettagliatamente G. AGAMBEN, *op.cit.*, pp. 34 ss. a cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti.

<sup>21</sup> Cfr. G. MARAZZITA, *op.cit.*, pp. 185 ss.. L’Autore sottolinea che l’unica emergenza tollerabile è quella regolata dalla necessità giuridica, quale scelta doverosa finalizzata a far fronte all’evento imprevedibile e dirimpente, nonché fonte di responsabilità per chi la domina. Abbracciare al contrario l’ipotesi di necessità naturale (quella teorizzata da Santi Romano e da Carl Schmitt), interpretata come fonte di un dogma finalizzato ad imporre di fatto ciò che sarebbe a prescindere illegittimo, porterebbe ad uscire indebitamente dall’ordinamento sospeso, per entrare in un processo costituzionale *in fieri*.

cui la legge esiste ma non si applica, poiché in luogo ad essa vengono applicati atti aventi la forza di legge, che si risolvono in una *fictio*<sup>22</sup>.

In altre parole, la forza di legge senza la legge e la sua vigenza senza applicazione, sono finzioni attraverso le quali il diritto tenta di appropriarsi dello stato di eccezione<sup>23</sup>.

Il vero problema da affrontare nello stato di eccezione è dunque quello di riuscire a comprendere il passaggio logico attraverso cui una decisione munita di forza di legge, assunta in una situazione di emergenza e da un soggetto che non è espressione diretta del potere normativo, possa poi essere implementata nel sistema, senza concedere a quest'ultimo di renderne stabili i caratteri straordinari. In altre parole, la sfida è quella di individuare dei limiti entro cui garantire la contingenza della situazione giuridica che prende le mosse dall'eccezione.

Proprio il terrorismo rientra tra i fatti che pongono a rischio la sicurezza nazionale e che possono fornire le basi per l'instaurazione di uno stato di eccezione. Tale fenomeno, infatti, oltre ad aver assunto una portata transnazionale, ha una forte componente politica ed è caratterizzato dall'utilizzo della violenza (sotto diverse forme) finalizzata a destabilizzare gli Stati, mettendo a rischio la stessa vita dei cittadini. Proprio per tali caratteristiche e per l'impatto che le misure di prevenzione e di contrasto hanno avuto su molti ordinamenti nazionali, oltre che nel panorama internazionale, esso sarà oggetto di specifica analisi.

A tal fine sembra utile proporre una quadripartizione, quale struttura base entro cui inquadrare i presupposti e le possibili reazioni del sistema giuridico in situazioni di crisi. Questi elementi si possono declinare in quattro diverse fasi: 1) riconoscimento del fatto emergenziale; 2) stadio valutativo con cui si decide se instaurare o meno lo stato di

---

<sup>22</sup> Il riferimento è ai decreti che l'esecutivo è autorizzato ad emanare in casi particolari e segnatamente negli stati di eccezione. Nel sistema italiano il richiamo va all'art. 77 Cost., che rappresenta un nucleo di emergenza innominato, poiché rimesso a scelte soggettivo-valoriali dell'esecutivo in relazione alla necessità ed all'urgenza del caso concreto. Vedi, per gli opportuni approfondimenti, *inter alia*, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988. Preme evidenziate che gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata ed al terrorismo sono frutto della conversione di decreti legge, intesi quale strumento privilegiato per rispondere in modo rapido alle emergenze, ma anche veicolo di normalizzazione di previsioni straordinarie nell'ordinamento. Vedi la disamina di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 1997, *passim*. Altro riferimento obbligato è quello all'utilizzo delle ordinanze di necessità, strumento privilegiato per il governo anche in tema di immigrazione, posto che non si richiede il vaglio parlamentare sui presupposti. Vedi G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2010; A. CARDONA, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

<sup>23</sup> Cfr. G. AGAMBEN, *op.cit.*, pp. 44 ss.

eccezione; 3) approvazione della disciplina derogatoria; 4) apposizione di limiti e predisposizione di sistemi di controllo.<sup>24</sup>

### *1.1. Fatto emergenziale*

Una dichiarazione di emergenza da parte di uno Stato crea le condizioni per l'instaurazione di uno stato di eccezione, ove il sistema ordinario di regole e previsioni può venire sospeso per il tempo necessario al superamento della crisi. In tale spazio, tuttavia, l'eccezione può essere strumentalizzata per sottrarre alcune decisioni al controllo di costituzionalità o per sovvertire i rapporti tra poteri pubblici, innestando così modifiche permanenti nel sistema. Per tale motivo, oltre a regolamentare l'emergenza, sembra importante definirne altresì i caratteri.

In relazione all'opportunità o meno di fornire una definizione di quest'ultima, utile per valutare la legittimità del ricorso a regimi straordinari, la dottrina è tutt'oggi divisa tra coloro che propendono per lasciare piena discrezionalità agli Stati<sup>25</sup> e coloro che sostengono, al contrario, la necessità di individuare degli *standard* condivisi che permettano di distinguere l'emergenza da altri fatti che, pur mettendo a rischio la sicurezza dello Stato e della collettività, possono essere trattati con modalità "ordinarie" di intervento.

A tal fine sono state individuate cinque "*core features*", che possono fungere da indizi circa la necessità di dichiarare uno stato di eccezione.

La prima è l'idoneità del fatto emergenziale a mettere a rischio la sovranità e l'integrità politico-territoriale dello Stato, poiché quando lo stesso viene privato delle infrastrutture, della sua capacità di fornire servizi pubblici essenziali e di garantire ordine pubblico e sicurezza, la vita dei cittadini è da considerarsi a rischio; la seconda richiede che la minaccia sia grave ed eccezionale; la terza è rappresentata dalla necessaria temporaneità dell'emergenza e del regime straordinario da essa istituito; la quarta impone che la minaccia sia altresì reale ed imminente, seppur generica; la quinta è legata allo *standard of proof* che gli organismi nazionali competenti devono adottare

---

<sup>24</sup> La quadripartizione proposta si deve a R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 329 ss.

<sup>25</sup> O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006, pp. 249 ss.

per decidere sullo stato di emergenza<sup>26</sup>, il quale non richiede solo un giudizio di ragionevolezza, ma l'adozione del “*clear and convincing evidence standard*”<sup>27</sup>.

Applicando lo schema sopra individuato alla minaccia terroristica, si nota immediatamente come tale classificazione sconti alcune debolezze di fondo, che non riescono a delimitare gli spazi di discrezionalità dello Stato e che sembrano permettere di considerare ogni singolo attacco come un fatto idoneo a supportare un regime emergenziale, perpetuando l'eccezionalità rappresentata dalla clausola vuota della “*war on terror*”.

In relazione alle prime due caratteristiche si potrebbe osservare che non sempre gli atti terroristici hanno un'intensità tale da mettere a rischio la sovranità e l'integrità territoriale dello Stato, poiché possono essere considerate tali anche delle condotte isolate, che producono solo danneggiamenti di beni mobili o immobili o l'uccisione di una singola persona. In risposta a tale critica si è però sostenuto che, alla luce dell'elemento psicologico di “intimidazione della popolazione”<sup>28</sup> che supporta le condotte di matrice terroristica, la gravità dell'attacco dovrebbe essere interpretata tenendo in considerazione sia i danni materiali, sia quelli psichici, rappresentati dal panico scaturente dall'atto già commesso, ovvero dal timore ingenerato dalla semplice minaccia proveniente da un gruppo criminale dotato di ampio arsenale e capacità distruttive<sup>29</sup>.

Enfatizzando l'elemento psicologico dunque, uno Stato sarebbe legittimato a dichiarare lo stato di emergenza nazionale anche nel caso in cui l'attacco terroristico sia

<sup>26</sup> Cfr. E. GROSS, *How to Justify an Emergency Regime and Preserve Civil Liberties in Time of Terrorism*, in 5 *S.C. J. Int'l L. & Bus.*, 2008, pp. 8-9.

<sup>27</sup> Per un approfondimento in materia di qualità “sostanziale” ed onere della prova, in relazione a misure che limitano fortemente i diritti umani, applicate con procedura amministrativa, vedi E. GROSS, *Human Rights in Administrative Proceedings: a Quest for Appropriate Evidentiary Standards*, in 31 *Cal. W. Int'l L.J.*, 2001, pp. 215 ss.

<sup>28</sup> Tale elemento psicologico è tra le note comuni di definizione delle condotte di natura terroristica e si riscontra ad esempio nell'art. 2 della *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism* del 1999, la cui definizione è stata in parte adottata dall'ordinamento israeliano, che l'ha fatta confluire nella *Prohibition on Terrorist Financing Law, 5765-2004*, ove però, tra le finalità della condotta, si richiama il seminare panico e paura nella popolazione e non la semplice intimidazione. Nel quadro europeo tale elemento si riscontra nella decisione quadro dell'UE 2002/475/GAI, alla luce della quale il nostro ordinamento ha introdotto la disposizione dell'art. 270-*sexies* c.p., dotandosi così per la prima volta di una definizione tipizzata di terrorismo. Vedi sul punto A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 1127 ss.

<sup>29</sup> B. Ackerman sostiene che la grande paura dei governi deriva soprattutto dalla capacità di ogni singolo attacco terroristico di indebolire la loro immagine di fronte alla popolazione, aumentando il senso di sfiducia e di insicurezza di quest'ultima. Cfr. B. ACKERMAN, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, London, 2006, in particolare il primo capitolo, pp. 13 ss.

intervenuto nel territorio di un altro Paese, con l'unico onere di provare l'identità del potenziale aggressore e le motivazioni che lo muovono, nonché il grado di somiglianza ideologico-valoriale tra lo Stato colpito e quello a rischio<sup>30</sup>. Ma non sembra opportuno ritenere tale condizione da sola sufficiente ad autorizzare deroghe ai diritti umani, altrimenti si minerebbe alla fonte la stessa *ratio* da cui ci si muove, ovvero la necessità di individuare *standard* oggettivi di regolamentazione del passaggio tra regola ed eccezione. Solo la compresenza degli altri quattro elementi dell'emergenza permette quindi di creare una cornice entro cui esercitare legittimamente dei poteri straordinari.

Nel caso *A & Others v. The Secretary of State for The Home Department*<sup>31</sup>, in cui si doveva valutare la legittimità della previsione della sezione 23 del *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, l'*Attorney General* sostenne che si potessero ravvisare gli estremi per la sospensione della previsione dell'art. 5 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), alla luce dell'attivazione della clausola dell'art. 15, a ragione degli attacchi dell'11 Settembre, posto che il Regno Unito era ed è il primo alleato degli Stati Uniti nella lotta contro *Al-Qaeda*<sup>32</sup>. Tale posizione era inoltre supportata da prove derivanti da attività di *intelligence*, relative alla presenza di membri attivi di tale organizzazione sul territorio britannico.

Alla luce dei fatti e delle argomentazioni emersi nei giudizi del 2002 e del 2004, si possono certamente riscontrare i requisiti di gravità ed eccezionalità della minaccia, basati sulle capacità operative, l'ampio arsenale e le numerose risorse umane del gruppo terroristico; quello che sembra difficile da individuare è il requisito dell'imminenza della stessa.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, intervenuta sul caso con la decisione del 2009, dopo aver ribadito di non poter valutare nel merito la presenza dei presupposti alla base della dichiarazione dello stato di emergenza, visto l'ampio margine nazionale di apprezzamento da garantire allo Stato<sup>33</sup>, ha fornito una lettura molto ampia e vaga del

---

<sup>30</sup> E. GROSS, *How to Justify an Emergency Regime*, op cit., p. 19.

<sup>31</sup> *A, X and Y, and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1502, decisione appellata avanti alla *House of Lords* nel 2004, a cui ha fatto seguito il ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, deciso con sentenza del 19 febbraio 2009. Reperibile on-line: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1502.html>.

<sup>32</sup> *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, appello alla decisione [2002] EWCA Civ 1502, in particolare par. 25, reperibile on-line: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>.

<sup>33</sup> ECHR, *Grand Chamber, A. & Others v. The United Kingdom*, 19 febbraio 2009, reperibile on-line: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"A.v.others\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"A.v.others\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)

concetto di “imminenza”<sup>34</sup>. Questo, infatti, non deve essere interpretato in senso così restrittivo da richiedere che lo Stato attenda di subire un attacco prima di dotarsi di misure preventive, ma non può neppure risolversi in un mero timore basato su un pericolo solo potenziale, così come precisato anche nella sez. 54 dei *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant of Civil and Political Rights*<sup>35</sup>.

Sembra quindi potersi affermare che è proprio la liquidità del concetto di “imminenza” dell’attacco a mettere a rischio l’intero schema, a maggior ragione se si richiama il principio di precauzione e quello della legittima difesa dello Stato, elementi che potrebbero fornire solide basi di legittimità alle dichiarazioni di emergenza, giustificando l’utilizzo di poteri straordinari a tutela della sicurezza collettiva, senza alcuna considerazione rispetto alle ricadute sui diritti dei singoli.

Il requisito di “imminenza” della minaccia ha poi chiari riflessi anche sul regime temporale dell’emergenza, posto che l’anticipazione della soglia che permette l’intervento dello Stato a fini precauzionali, tende ad incidere anche sulla percezione

---

"GRANDCHAMBER", "CHAMBER"], "itemid": ["001-91403"]}}, par. 173-174. Per un commento vedi S. SHAH, *From Westminster to Strasbourg*, in *Hum. Rts. L. Rev.*, 2009, pp. 473 ss. La Corte EDU osserva come le autorità nazionali si trovino in una posizione migliore per individuare un'emergenza e decidere la natura e lo scopo delle deroghe necessarie per fronteggiarla. Tuttavia, essi non godono di discrezionalità assoluta, poiché la Corte EDU può intervenire nel caso in cui essi siano andati «*beyond the extent strictly required by the exigencies of the crisis*». Essa, a tal fine, dovrà concentrarsi sulla natura del diritto sospeso, sulle circostanze della sospensione e sulla durata dell'emergenza e potrà anche censurare le decisioni delle Corti supreme degli Stati membri relative al vaglio di legittimità del ricorso all'art. 15 CEDU da parte delle autorità pubbliche competenti. «*the Court considers that it would be justified in reaching a contrary conclusion only if satisfied that the National court has misinterpreted or misapplied article 15 of the Court's jurisprudence under that article or reached a conclusion which was manifestly unreasonable*».

<sup>34</sup> *Ibid*, in particolare par. 177-180. «*Although when the derogation was made no al'Qaeda attack had taken place within the territory of the United Kingdom, the Court does not consider that the national authorities can be criticised, in the light of the evidence available to them at the time, for fearing that such an attack was "imminent", in that an atrocity might be committed without warning at any time. The requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it. Moreover, the danger of a terrorist attack was, tragically, shown by the bombings and attempted bombings in London in July 2005 to have been very real. Since the purpose of Article 15 is to permit States to take derogating measures to protect their populations from future risks, the existence of the threat to the life of the nation must be assessed primarily with reference to those facts which were known at the time of the derogation. The Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequently*».

<sup>35</sup> Sez. 54 dei *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*: «*The principle of strict necessity shall be applied in an objective manner. Each measure shall be directed to an actual, clear, present, or imminent danger and may not be imposed merely because of an apprehension of potential danger*».

della necessità di istituire, ovvero mantenere in vigore, un regime eccezionale di poteri straordinari, spesso connotati da forti tratti generalpreventivi<sup>36</sup>.

In relazione al requisito temporale, il Comitato per i diritti umani ONU ha più volte posto l'attenzione sulla necessaria transitorietà delle deroghe ai diritti umani in situazioni di emergenza mentre, al contrario, la Corte EDU non si è focalizzata su tale requisito. Nonostante il suo vaglio dipenda da una valutazione di proporzionalità inscindibilmente legata al perdurare dell'emergenza, essa, in relazione agli accadimenti legati all'attività dell'IRA in Irlanda del Nord, ha dimostrato che una situazione di emergenza nazionale, nel senso dell'art. 15 CEDU, può validamente esistere anche per anni.

Alla luce di tale quadro emerge l'importanza di individuare dei presupposti oggettivi che possano assistere lo Stato nella fase di riconoscimento dell'emergenza e, successivamente, in quella di controllo sulla temporaneità del regime ad essa connesso, affinché esso possa perdurare solo per il tempo necessario e sufficiente al ripristino della regola ordinaria sospesa. Proprio per tale motivo, oltre ad un monitoraggio "interno" e sovranazionale sulla durata della dichiarazione di emergenza, sarebbe opportuno introdurre dei criteri limite per la reazione anticipata ad una minaccia, al fine di evitare che il concetto di "imminenza" venga strumentalizzato per potersi avvalere di poteri altrimenti non azionabili.

### *1.2. Stadio valutativo*

Una volta individuato il fatto, si deve procedere con un giudizio di necessità, da intendersi come termine di relazione che permette di passare da una situazione anti-giuridica ed anomala, attraverso una dichiarazione di "valore", alla instaurazione di uno stato di necessità. In questa fase "il sovrano" sarà chiamato a decidere se l'ordinamento giuridico e le sue previsioni sono realmente inadeguate ad affrontare il fenomeno, operando nello spazio di collegamento tra causa ed effetto.

In altre parole, egli dovrà decidere se rinunciare temporaneamente a certe garanzie, tra cui spiccano la tutela dei diritti fondamentali e la tripartizione dei poteri, per

---

<sup>36</sup> Ne è un esempio la misura preventiva della *House Demolition* adottata dallo Stato di Israele nei territori occupati, prevista dalla sez. 119 della *Emergency (Defence) Regulation* del 1945, nel caso in cui le stesse siano state usate come base per attacchi con armi o esplosivi, o se i residenti si siano resi responsabili di particolari reati violenti. Vedi *infra*, cap. II, parte II, par. 6.2.2.



salvaguardare la sicurezza nazionale o se simili rinunce o sospensioni risultino, nel caso concreto, sproporzionate rispetto al fine da perseguire, oppure rispetto alla natura della minaccia da fronteggiare.

La decisione è estremamente delicata ed è forse la più sensibile dato che, da un lato, lascia ampio spazio a valutazioni discrezionali e, dall'altro lato, accanto alla prima deliberazione sulla necessità dell'instaurazione di uno stato di eccezione, vi è anche la preoccupazione di evitarne la normalizzazione.

Se si pensa al terrorismo internazionale, tutte le volte in cui risulta necessario un accertamento circa l'intensità della minaccia e della sua potenzialità distruttiva, è normale che i governi facciano espressi riferimenti all'11 settembre 2001. Non converrebbe, infatti, ricordare all'opinione pubblica che dopo tale data non vi sono più stati attacchi terroristici di tale micidialità. Questo perché nella lotta al terrorismo si riscontra sempre la tentazione di strumentalizzare la paura irrazionale dell'uomo medio, privato *de facto* della capacità cognitiva di lungo periodo, al fine di catalizzarla non sulle possibilità di ripetizione del fenomeno, bensì sul peggior risultato possibile<sup>37</sup>, per abbassare i livelli di controllo democratico sulle scelte politiche dei governi<sup>38</sup> e permettere così al "sovrano dell'eccezione"<sup>39</sup> di agire sulla scorta di deleghe in bianco.

Proprio per evitare abusi dei poteri straordinari legati all'emergenza e tentare di ripristinare l'equilibrio tra i poteri dello Stato, è stato proposto un modello

---

<sup>37</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, trad. it. a cura di U. Izzo, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 131 ss. L'Autore definisce tale fenomeno *probability neglect* e sottolinea come i responsabili delle scelte regolative possano sfruttare le interazioni sociali, tra cui «le manipolazioni autocoscienze dei flussi di informazione», per amplificare la preoccupazione in relazione ad un rischio da loro individuato. Si pensi alle dichiarazioni dell'Amministrazione Bush dopo l'attacco alle torri gemelle, al continuo stato di allerta in cui è mantenuto lo Stato di Israele, ovvero alle speculazioni italiane in materia di immigrazione e criminalità organizzata.

<sup>38</sup> O. GROSS, *Chaos and Rules*, op.cit., pp. 1036. L'Autore sottolinea come i cittadini siano tanto più propensi ad accettare misure particolarmente incisive sui diritti umani, quanto più il governo si dimostri in grado di creare una netta distinzione tra due gruppi: quello degli innocenti e quello dei potenziali terroristi, l'unico tra i due a sopportare i costi delle nuove e severe politiche antiterrorismo. Un esempio a supporto della fondatezza di tale assunto è quello relativo al "*terrorism profiling*", illustrato in E. GROSS, *The Struggle of a Democracy Against Terrorism - Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest: the Proper Balance*, in *Cornell Int'l L.J.*, 2005, p. 41. Tale pratica viene suddivisa in tre fasi: 1) raccolta di dati ed informazioni personali del soggetto, che vengono sottoposti ad analisi statistiche aventi ad oggetto la frequenza di ripetizione di alcuni dati o di particolari caratteristiche, al fine di stabilire i criteri di *profiling* di un potenziale terrorista; 2) applicazione di metodi, basati su analisi comportamentali e su dati oggettivi (razza, genere, età, condizione economica) per individuare chi riscontra i criteri enucleati; 3) sottoposizione del soggetto ad interrogatori, perquisizioni personali e reali.

<sup>39</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID, *Le categorie del politico*, op.cit., p. 34.

“costituzionale” di limitazione dell’eccezione, il c.d. “*Supermajoritarian Escalator*”<sup>40</sup>: se è vero che dopo un attacco terroristico lo Stato deve prima di tutto preoccuparsi di calmare l’emotività dei cittadini (*reassurance function*)<sup>41</sup>, e solo successivamente di garantire azioni mirate a prevenirne successivi, tale modello si inserisce indubbiamente nella prima fase.

Secondo tale dottrina, infatti, la dichiarazione di emergenza, così come il controllo sulla sua durata, dovrebbe rientrare nelle competenze del Parlamento, in quanto organismo di massima rappresentanza democratica. Poiché il rischio insito nel protrarsi della situazione straordinaria è sempre legato all’utilizzo distorto dei poteri concessi all’esecutivo, l’unico sistema di monitoraggio e di garanzia sembrerebbe essere quello di introdurre contrappesi aggiuntivi, riconoscendo un ruolo chiave all’opposizione.

Richiedere che la votazione per il rinnovo dello stato di emergenza intervenga con maggioranze sempre più qualificate<sup>42</sup>, da un lato, avrebbe un effetto simbolico legato alla volontà di non permettere la normalizzazione dell’emergenza e, dall’altro lato, imporrebbe al Parlamento di assumersi la responsabilità degli effetti e delle conseguenze del regime eccezionale.

Questo modello vorrebbe altresì imporre l’obbligo di rivelare alle minoranze informazioni di *intelligence* legate alla sicurezza nazionale, per ridurre al minimo il rischio di celare dietro il segreto nazionale operazioni effettuate *contra legem* o addirittura *extra legem* dal governo. Non potendo però rendere pubbliche informazioni sensibili, si propone la creazione di “*oversight groups*” (o sotto-commissioni parlamentari), composti in maggioranza da membri della opposizione che, avendo accesso a tutte le notizie e documenti necessari per comprendere l’intensità e la natura della minaccia, possano effettuare un ragionevole bilanciamento tra sicurezza nazionale e pubblicità, evitando così di fornire supporto informativo indiretto ai gruppi terroristici.

---

<sup>40</sup> Il riferimento è a B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in 113 *The Yale L. J.*, 2004, pp. 1047 ss. Egli costruisce la sua teoria guardando al sistema americano, per evitare le intollerabili distorsioni delle garanzie costituzionali e gli squilibri tra poteri dello Stato che sono state sperimentate a partire dagli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001. Posto che a livello internazionale un sensibile numero di Stati riconosce al Parlamento il potere di dichiarare l’emergenza, ed all’esecutivo l’onere di rispondere prontamente a quest’ultima, le considerazioni avanzate da Ackerman possono tracciare una proposta ragionevole per la futura regolamentazione di situazioni di crisi nazionale.

<sup>41</sup> Vedi più ampiamente B. ACKERMAN, *Before the Next Attack*: op.cit., pp. 66 ss.

<sup>42</sup> *Ibidem*. L’Autore propone di richiedere una maggioranza del 60% per il primo rinnovo bimestrale, del 70% per il secondo e del 80% per i successivi. Il fatto di dover ottenere il favore dell’opposizione dovrebbe imporre all’esecutivo di non superare i limiti consentiti dall’ordinamento, poiché il rischio sarebbe quello di non vedersi rinnovare i poteri legati all’emergenza.

Allo scadere del termine fissato per il perdurare del regime straordinario, tali comitati dovrebbero poi sottoporre un *report* al Parlamento, affinché esso possa prendere una decisione responsabile e soprattutto consapevole delle eventuali implicazioni sulle libertà fondamentali, nel caso in cui venisse chiamato ad autorizzare una proroga dello stato di eccezione.

Una volta superata l'emergenza, tale dottrina propone inoltre di istituire un organismo di inchiesta sulla sua gestione, presieduto da un membro dell'opposizione e responsabile delle predisposizioni di un *report* correlato da eventuali raccomandazioni da osservarsi in caso di ulteriore e futura crisi<sup>43</sup>.

Il punto più critico, riscontrato da altra dottrina in relazione a tale modello, sarebbe quello legato alla formulazione della clausola d'eccezione, poiché impone di decidere tra una definizione generica, elastica ed inclusiva di emergenza, che non permetterebbe graduazioni della reazione proporzionali all'entità del pericolo; e tra una definizione più rigida, che pur permettendo di modulare il tipo di poteri d'emergenza, rischia di imbrigliare il reale in categorie artificiali, inidonee a prevedere le sfide future<sup>44</sup>.

La asserita possibilità di tracciare una linea di discriminazione tra regola ed eccezione, e quindi tra misure antiterrorismo e legislazione di contrasto ai reati comuni, ha certamente il pregio di assicurare la collettività sul fatto che, da un lato, una volta terminata la minaccia il sistema giuridico ordinario potrà tornare ad operare inalterato e,

---

<sup>43</sup> *Ibid*, pp. 1051-1053. L'Autore osserva: «*We have designed a permeable sieve, not an ironclad wall of secrecy. But that is just the point. In the immediate aftermath of a massive attack, the need for emergency measures may seem self-evident, but this need must be continually reassessed as time marches on. An extraordinary regime cannot be allowed to continue for four or six months, or longer, without the informed consent of the broader public. Leading members of the opposition are in the best position to appreciate this value. We should leave it to them to play a central gatekeeping role*»

<sup>44</sup> Ackerman, infatti, considera la Costituzione sudafricana apprezzabile e rivoluzionaria, proprio perché è l'unica ad adottare il modello della "scala mobile a maggioranze qualificate". Tuttavia le muove una critica legata alla formulazione della sez. 37, par. 1, lett.a), che prevede che si possa dichiarare uno stato di emergenza "quando la vita della nazione è minacciata da guerra, invasione, insurrezione generale, disordine disastro naturale o da un'altra emergenza pubblica". La critica si concentra da un lato, sulla clausola residuale, potenzialmente omnicomprensiva e priva di idoneità selettiva con cui si chiude (*one size fits all is an error*) e, dall'altro lato, sul fatto che essa impedisce di tracciare risposte differenziate a seconda del tipo di minaccia. Si dovrebbe per questo motivo considerare con maggior favore l'*Emergency Act* canadese, che distingue e tratta separatamente quattro condizioni: disastri naturali, minacce all'ordine pubblico, emergenze internazionali e stato di guerra. Il terrorismo verrebbe fatto rientrare tra le minacce all'ordine pubblico, che richiedono il rinnovo parlamentare ogni 30 giorni, restando così distinto dalla guerra, che avanza necessità ben diverse e permette il rinnovo dello stato di emergenza dopo 120 giorni. Vedi più ampiamente, B. ACKERMAN, *Before the Next Attack*, op.cit., pp. 135 ss.

dall'altro lato, che l'esercizio della forza da parte dello Stato avrà come destinatari solo i terroristi<sup>45</sup>.

Tuttavia, tracciare una netta distinzione è impossibile, perché l'emergenza spesso si confonde con la normalità<sup>46</sup>. Proprio sulla base di tale assunto si ritiene non opportuno inserire delle previsioni *ad hoc* nei testi costituzionali per creare un meccanismo di controllo sulla instaurazione del regime eccezionale.

Una simile argomentazione parte dal presupposto della inefficienza dei modelli definiti *Business as Usual Model* e *Models of Accomodation*<sup>47</sup>, per approdare ad una soluzione basata sulla pura assunzione di responsabilità, da parte della collettività, rispetto ad una scelta di valore di natura soggettiva, effettuata da un pubblico ufficiale in una situazione anomala.

In particolare, il primo modello citato è considerato ipocrita, poiché basato sulla tesi per cui il diritto deve restare totalmente impermeabile alla crisi, operando allo stesso modo in tempo di guerra ed in tempo di pace. A ben vedere, infatti, è proprio tale rigidità di fronte ai cambiamenti a renderlo impraticabile. Esso non proibisce *tout court* l'utilizzo di poteri straordinari ma solo di quelli non previsti dal sistema costituzionale, con il rischio di implementare qualsiasi misura temporanea, purché necessitata, rendendola regola: in tal modo si porterebbe l'emergenza nelle trame del sistema giuridico di pace<sup>48</sup>, mutandone definitivamente la fisionomia.

---

<sup>45</sup> L'emergenza crea una scissione tra Noi e Loro, che permette ai cittadini di individuare un gruppo di soggetti come responsabili della crisi, scaricando su di essi ansie ed angosce. Proprio tale considerazione fa propendere il bilanciamento tra libertà e sicurezza verso la seconda, che risulta essere bene primario da garantire, poiché questo è il messaggio che sembra provenire dalla opinione pubblica. Vedi O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises*, op.cit., 2006, pp. 220 ss.

<sup>46</sup> La guerra al terrorismo è caratterizzata da tale confusione, poiché risulta priva delle caratteristiche di una guerra tradizionale. Mentre in caso di conflitto bellico l'eccezione, e quindi il sistema giuridico "straordinario", è segnata dalla dichiarazione di guerra e termina con l'armistizio, in caso di contrasto al terrorismo questo non accade. In tale situazione, infatti, si perdono definitivamente gli elementi che permettono di segnare il passaggio da regola ad eccezione. Da una cesura netta tra le due categorie si passa ad un permanere statico nella "zona grigia" posta sulla linea di confine.

<sup>47</sup> Vedi O. GROSS, *Chaos and Rules*, op.cit., pp. 1043 ss.

<sup>48</sup> *Ibid.*, in particolare pp. 1089 ss. L'Autore porta come esempio le torture utilizzate dai servizi segreti israeliani in fase di interrogatorio. Prima della nomina della Commissione Landau si registrava una profonda deferenza dei giudici di fronte alla necessità fatta valere dal governo, mentre quest'ultima nel suo *report* finale ha censurato le dichiarazioni di principio legate al pieno rispetto della *Rule of Law* nel contrasto al terrorismo, poiché esse non potevano che celare pratiche inumane segrete e svincolate da qualsiasi garanzia giuridica. Vedi *infra*, cap. II, parte II, ult.par. Un altro esempio è quello offerto dalla esperienza irlandese quando il *Criminal Justice Act* del 1984 ha sostituito l'*Offences Against the State Act* del 1939, segnando il passaggio dal "*due process*" model al "*crime control*" model. In particolare, la sez. 30 della legge del 1939 conferiva alla polizia speciali poteri di fermo ed arresto, che potevano venire disposti in presenza di meri sospetti e che permettevano di detenere il soggetto a fini investigativi fino a 48 ore, senza necessità di condurlo davanti ad un giudice. La medesima sezione permetteva poi di

I secondi vengono definiti spregiudicati ed immorali poiché, essendo guidati dalla flessibilità, permettono di accordare un ampliamento dei poteri di emergenza in assenza di meccanismi di controllo, con il rischio di eccessive limitazioni dei diritti umani e di modifiche arbitrarie dell'assetto costituzionale<sup>49</sup>. L'*overreaction* dello Stato trasforma il terrorismo che proviene "dal basso", in terrorismo delle istituzioni<sup>50</sup> e questo perché il terrorismo non minaccia l'esistenza "fisica" dello Stato, bensì quella "politica" visto che spinge verso l'autoritarismo, indebolendo il tessuto democratico<sup>51</sup>.

Secondo tale dottrina, dunque, l'unico a fornire garanzie adeguate per evitare la normalizzazione dell'emergenza è il c.d. *Extra Legal Measures Model*, che non richiederebbe allo Stato di fare una scelta circa la necessaria sospensione di alcune leggi o garanzie costituzionali, facendo venire meno lo stadio valutativo e le connesse problematiche. In caso di emergenza, infatti, l'esecutivo avrebbe la facoltà di agire al di

---

arrestare un soggetto che si sospettava avesse informazioni rilevanti circa un certo reato, pur non essendo direttamente coinvolto nella sua commissione. Sebbene tali poteri fossero destinati ad essere applicati solo in relazione a reati contro la sicurezza dello Stato, essi vennero utilizzati in modo *routinario* nella prassi. Nel 1984 venne emanato il nuovo *Act* che, nella sua sez. 4, implementò quasi tutti i poteri eccezionali della precedente sez. 30. Tale decisione venne giustificata dal parlamento come semplice tipizzazione di una situazione già consolidata nella prassi. Vedi sul punto D.P.J. WALSH, *The Impact of the Antisubversive Laws on Police Powers and Practices in Ireland: The Silent Erosion of Individual Freedom*, in 62 *Temp. L. Rev.*, 1989, pp. 1099 ss. Attraverso tale meccanismo, il legislatore ha normalizzato poteri eccezionali e «*has adopted the exception as the norm*» (p. 1113).

<sup>49</sup> O. GROSS, *Chaos and Rules*, op.cit, pp. 1058 ss. All'interno della macrocategoria dei *Models of Accommodation* l'Autore distingue tre sotto-sistemi: 1) *Interpretative Accommodation*: in caso di crisi sono i giudici ad ampliare i poteri di polizia contraendo le garanzie per i diritti umani, alla luce del principio di necessità e dello spostamento del criterio della proporzione, in modo tale da garantire maggiori spazi di azione a garanzia della sicurezza nazionale. L'emergenza in tali contesti accresce i poteri già previsti e ne rimuove i limiti. Ne è un esempio la sentenza della Corte Costituzionale italiana, n. 15/1982 in materia di carcerazione preventiva; 2) *Legislative Accommodation*: le previsioni legislative ordinarie vengono integrate con quelle di fonte emergenziale. La conseguenza può essere quella di tradurre in legge ordinaria una misura straordinaria, oppure quella di inserire nell'ordinamento la legislazione emergenziale, facendola operare in modo autonomo ed esclusivo solo in presenza della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale. Si crea in tal modo un doppio binario che dipende da una condizione incontrollabile, ovvero dal poter distinguere tra normalità ed eccezione. Di tale modello ne è un esempio l'esperienza irlandese, vedi *supra*, nota 48; 3) *Executive Inherent Powers*: esso fa riferimento ai poteri straordinari che può esercitare il Presidente e che gli permettono di agire in modo lecito e costituzionale, anche se la sua condotta si pone al di sopra della legge, così come accadde negli Stati Uniti dopo l'11 settembre. Per alcuni approfondimenti vedi O. GROSS, *What Emergency Regime?*, in 13 *Constellation*, 2006, pp. 74 ss.

<sup>50</sup> *Ibid*, pp. 1096 ss. Vedi, a tal proposito, le considerazioni del giudice Brennan in commento alle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti *Ex parte Quirin* e *Korematsu*: «*There is considerably less to be proud about, and a good deal to be embarrassed about, when one reflects on the shabby treatment civil liberties have received in the United States during times of war and perceived threats to its national security .... After each perceived security crisis ended, the United States has remorsefully realized that the abrogation of civil liberties was unnecessary. But it has proven unable to prevent itself from repeating the error when the next crisis came along*». W.J. BRENNAN, *The Quest To Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises*, in 18 *Isr. Y.Book Hum. Rts.*, 1988, pp. 11 ss.

<sup>51</sup> Vedi ampiamente le riflessioni di A. BARAK, *A Judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy*, in 116 *Harv. L. Rev.*, 2002, pp. 19 ss.

fuori del sistema giuridico, in uno spazio libero da regole, ove potrebbe assumere qualsiasi decisione, se dettata dalla necessità di perseguire il bene pubblico. Essa però, una volta venuto meno il fatto emergenziale, dovrà essere tradotta nuovamente nel sistema e sottoposta ad un momento valutativo successivo. Per tale motivo, a seguito dell'atto di disobbedienza, sarebbe necessario rivelare all'opinione pubblica tutti i dettagli dell'azione necessitata, affinché essa possa procedere all'approvazione di un *Act of Indemnity*<sup>52</sup>, oppure alla condanna delle pubbliche autorità per aver abusato dei poteri straordinari connessi all'eccezione che hanno ritenuto di dover istituire<sup>53</sup>.

Proprio la decisione sulla opportunità di ratificare successivamente l'operato di un pubblico ufficiale dimostra che questi ultimi, pur agendo in violazione della legge, non sono al sopra di essa: chi opera nell'emergenza non rischia dunque di trasformarsi in un sovrano *legibus solutus*. La forma da fare assumere all'*Act of Indemnity* sarebbe ovviamente rimessa alla discrezionalità dello Stato: essa potrebbe configurarsi come un'amnistia, così come riflettersi nella scelta del *Prosecutor* di non aprire un procedimento, potrebbe assumere la forma di scriminante oppure tradursi nella concessione della grazia<sup>54</sup>.

Attraverso tale modello, dunque, si imporrebbe a chi agisce al di fuori del sistema di assumersi pubblicamente la responsabilità della propria condotta, la cui legittimità e coerenza rispetto alla natura ed all'imminenza della minaccia vengono rimesse alla

---

<sup>52</sup> O. Gross, per giustificare tale modello di reazione all'emergenza, si richiama a A.V. Dicey ed a J. Locke. Il primo sostiene che la sovranità spetta al Parlamento il quale, in situazioni di crisi per lo Stato può: fornire una autorizzazione *ex ante* al governo, affinché questo operi avvalendosi di poteri straordinari, la cui natura e portata può anche essere tipizzata e mantenuta nel sistema giuridico; oppure approvare un *Act of Indemnity* che permetta di ratificare le azioni illecite del governo, rendendole lecite poiché necessarie per superare l'emergenza. Dicey propende per la seconda soluzione. Locke, con la sua teoria dei *prerogative powers*, riconosce all'esecutivo il potere di perseguire il bene comune sia agendo attraverso poteri privi di regolamentazione, sia in contrasto con la legge. Mentre quest'ultimo parte dal presupposto per cui esiste *ex ante* l'acquiescenza dei cittadini a che il governo agisca al di sopra della legge, il primo richiede che la ratifica intervenga *ex post*. Vedi, per gli opportuni approfondimenti e riferimenti bibliografici, O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises*, op.cit., pp. 109 ss. Per un confronto con l'*Extra Legal Measures Model* vedi O. GROSS, *Stability and Flexibility: a Dicey Business*, pp. 90 ss, in V. RAMRAJ-M. HOR-K. ROACH (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>53</sup> Vedi O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises*, op.cit., pp. 112 ss. «*The people may decide to hold the actor of the wrongfulness of her actions, demonstrating commitment to the violated principles and values. In such a case, the acting official may be call to answer, and make legal and political reparations, for her actions. She may need to resign her position, face criminal charges or civil suits, or be subjected to impeachment proceedings. (...) Alternatively, the people may approve the actions and ratify them ex post*».

<sup>54</sup> Vedi O. GROSS, *Chaos and Rules*, op.cit., pp. 1114-1115.

valutazione postuma dei cittadini, affinché vi sia anche una assunzione di responsabilità collettiva circa le misure intraprese a loro tutela.

La facoltà di agire *extra ordinem* permetterebbe di preservare l'integrità del sistema giuridico, non sottoponendolo né a modifiche (di lungo o breve periodo) né a sospensione e di rafforzare la fiducia nel principio di legalità. Annientando il "segreto di stato" si impedirebbe, infatti, che il tessuto democratico venga intaccato dalla pura *raison d'État*<sup>55</sup>.

Secondo tale teoria, sarebbe l'incertezza di vedere poi ratificate le azioni intraprese durante l'emergenza ad introdurre un limite implicito all'esecutivo, poiché accrescendo i costi dell'agire in modo illegale, introdurrebbe un elemento deterrente all'agire *contra legem*. Per tale ragione i pubblici ufficiali saranno propensi a rischiare di subire le conseguenze giuridiche delle proprie azioni solo in caso di pericolo estremo, ben consci di dover successivamente esporre una giustificazione completa, esaustiva e ragionevole della propria condotta per ottenerne la ratifica, non potendosi limitare a semplici scuse o formule di stile.

L'*Extra Legal Measures Model*, però, pretende di provare troppo ed è forse contaminato da una fiducia eccessiva nella ragionevolezza dell'esecutivo. Infatti, rimettere all'apprezzamento del singolo la valutazione del fatto emergenziale, implicherebbe che esso si faccia carico di una responsabilità sproporzionata rispetto alla rilevanza del suo operato. Tale modello non si mostra convincente anche perché non si confronta *ex ante* con l'emergenza, non ne traccia presupposti e caratteristiche, ma richiede solo una valutazione *ex post* che difficilmente sarà oggettiva, dato che risentirebbe dell'allarme sociale legato alla insicurezza del momento.

Al contrario, il modello del *Supermajoritarian Escalator* avrebbe proprio il pregio di tentare di inglobare l'eccezione nella regola, attraverso la assunzione di responsabilità dei rappresentanti del popolo in ordine alla sospensione di certe garanzie ed alla loro temporaneità<sup>56</sup>. Tuttavia, anche tale meccanismo si espone a critiche: da un lato

---

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Per una valutazione critica sulla tesi di B. Ackerman vedi A. VERMEULE, *Self-defeating Proposals: Ackerman on Emergency Powers*, in 75 *Fordham L. Rev.*, 2006, pp. 631 ss.; D. COLE, *The Priority of Morality: the Emergency Constitution's Blind Spot*, in 113 *Yale L. J.*, 2004, pp. 1753 ss.; nella medesima rivista vedi anche L.H. TRIBE-P.O GUDRIDGE, *The Anti-Emergency Constitution*, pp. 1801 ss. e la risposta di B. ACKERMAN, *This is not a War*, pp. 1871 ss. Tra le critiche si propone anche quella per cui il sistema di maggioranze qualificate potrebbe essere superato attraverso la adozione, a livello costituzionale e durante la fase di emergenza, di previsioni eccezionali destinate a durare anche dopo la sua conclusione.

sconterebbe il problema di basarsi su un binomio normalità-emergenza, i cui poli sono impossibili da mantenere nettamente distinti e, dall'altro lato, permetterebbe all'emergenza di "entrare in Costituzione", aumentando la frequenza con cui le autorità potrebbero avvalersi di poteri straordinari (anche in assenza dei necessari presupposti)<sup>57</sup>, creando così una presunzione di prevalenza della sicurezza sulle altre garanzie fondamentali.

Il corollario che ne deriva è quello per cui, durante il periodo di eccezione deciso dal Parlamento, ogni singolo atto dell'esecutivo, benché astrattamente illecito, sarebbe considerato lecito, potendosi giovare di una autorizzazione costituzionale e rappresentando dunque un semplice esercizio di un diritto riconosciuto. Inoltre, le misure che in assenza di una previsione costituzionale d'emergenza sarebbero censurate – perché irragionevoli, sproporzionate, invasive del nucleo essenziale dei diritti umani – potrebbero astrattamente essere considerate lecite, poiché compatibili con una clausola che, dovendo fronteggiare la liquidità dell'emergenza, difficilmente porrà validi limiti ad interpretazioni estensive<sup>58</sup>.

Guardano al panorama internazionale si possono trovare numerosi esempi di "clausole di emergenza" inserite nelle Leggi fondamentali. Alcune hanno dettati molti generici, come ad esempio quello dell'art. 78 della Costituzione italiana relativo alla sola dichiarazione di guerra, altre invece sono molto strutturate ed introducono discipline particolari in relazione al tipo di emergenza da fronteggiare. La loro formulazione può infatti dipendere dalle vicende storiche e politiche del Paese, dalla circolazione ed implementazione di modelli di Stati diversi, oppure da imposizioni di natura sovranazionale.

---

Si potrebbero così introdurre delle norme che concedono poteri straordinari senza la necessità di attivare la clausola di emergenza.

<sup>57</sup> In relazione all'ordinamento italiano si può ricordare l'utilizzo dei decreti-legge ben oltre i limiti consentiti dall'art. 77 Cost., oppure la reiterazione dei decreti-legge non convertiti. Tali prassi si sono infatti consolidate nel tempo, finché la Corte Costituzionale non è intervenuta con la sentenza 171/2007, che ha dichiarato incostituzionale un decreto-legge emanato in assenza dei requisiti di necessità ed urgenza, anche se già convertito, e con la sentenza 360/1996, che ha disposto il divieto di reiterare decreti-legge non convertiti.

<sup>58</sup> Per la non opportunità di introdurre siffatta clausola vedi G. DI COSIMO, *Costituzione ed emergenza terroristica*, pp. 323 ss., in M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, EUM, 2011. Di diverso avviso sembra porsi R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 188 ss. L'Autore sostiene che la previsione di una clausola espressa potrebbe, al contrario, rendere il controllo della Corte Costituzionale molto più incisivo ed efficace.



*Segue: le clausole di eccezione della Costituzione spagnola ed in altre Costituzioni (cenni)*

La Costituzione spagnola è un esempio interessante di come la Legge fondamentale sia stata profondamente influenzata dall'esperienza del Paese nella pluriennale lotta contro l'ETA, che ha portato ad introdurre degli istituti particolari, destinati alla «protezione straordinaria dello Stato»<sup>59</sup>.

I costituenti hanno infatti codificato tre forme crescenti di stato di eccezione che consentono, con differenti presupposti e diversi riparti di competenze, la sospensione generalizzata di alcune norme costituzionali. Accanto ad essi viene altresì disciplinato un meccanismo di sospensione individualizzata di alcuni diritti costituzionali, per finalità investigative legate a reati di terrorismo.

L'art. 116 della Costituzione spagnola reca la regolamentazione generale degli stati di eccezione e distingue:

- a) el *Estado de Alarma*, che non giustifica deroghe delle norme costituzionali ed è proclamato in caso di calamità, emergenze sanitarie, carenza di prodotti di prima necessità e paralisi dei servizi pubblici essenziali. Esso è dichiarato dal governo, che ne deve indicare anche l'ambito territoriale di riferimento ed ha una durata massima di 15 giorni. Di tale dichiarazione deve essere dato immediato avviso al Congresso dei deputati, quale unico organismo autorizzato a prorogarlo;
- b) el *Estado de Excepción*, che può essere proclamato quando il libero esercizio delle libertà dei cittadini, il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e qualsiasi altro aspetto dell'ordine pubblico, risultino così grandemente compromessi da rendere insufficienti i poteri ordinari per il ripristino della sicurezza. Esso è dichiarato con decreto dal governo, previa autorizzazione del Congresso dei deputati, che ne deve stabilire gli effetti, l'ambito territoriale e la durata (non superiore a 30 giorni, prorogabili di altri 30), ed indicare quali diritti costituzionali, tra quelli elencati nell'art. 55, comma 1, verranno sospesi<sup>60</sup>;

<sup>59</sup> C. CRUZ VILLANON, *La protezione straordinaria dello Stato*, pp. 647 ss., in E. GARCIA DE ENTERRIA-A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milano, 1982; vedi anche ID, *El nuevo derecho de excepción*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1981, pp. 103-105. Per un approfondimento vedi anche R. TONIATTI, *L'ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi in Spagna*, pp. 229 ss., in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi per la difesa nazionale*, CeMiSS, 1991.

<sup>60</sup> L'art. 55 della Costituzione spagnola richiama la libertà personale (art. 17, fatti salvi il diritto alla difesa e quello ad essere informati dei propri diritti, previsti dal comma 3), la libertà di domicilio e la segretezza delle comunicazioni (art. 18 commi 2 e 3), la libertà di circolazione e soggiorno (art. 19), la

c) el *Estado de Sitio*, che può essere proclamato quando si verifichi o vi sia il rischio di verifica di una insurrezione o di un atto di forza contro la sovranità o l'indipendenza nazionale, l'integrità territoriale o il suo ordinamento costituzionale. Esso è dichiarato su proposta del governo e richiede la maggioranza assoluta del Congresso dei deputati, che deve stabilirne l'ambito territoriale, la durata e le condizioni, soprattutto in relazione alla sospensione dei diritti di cui all'art. 55.

La disciplina dettagliata di questi tre stati di emergenza è poi stata inserita, come richiesto dalla legge fondamentale, nella *Ley organica de los estrado de alarma, excepción y sitio* (LODES), n. 4 del giugno 1981<sup>61</sup>.

L'art. 55 Cost, inserito nel capitolo V, titolato "*de la suspensión de los derechos y libertades*", prevede altresì al comma 2 una tipologia particolare di eccezione poiché, attraverso una *Ley organica*, permette di sospendere i diritti di cui agli artt. 17 comma 2 (durata massima dei termini di detenzione preventiva, fissata in 72 ore) e 18 commi 2 e 3 (inviolabilità del domicilio e della corrispondenza) per esigenze investigative nei confronti di bande armate o terroristi<sup>62</sup>. Nell'ultimo capoverso precisa, inoltre, che sarà penalmente responsabile, per la violazione di diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione, chi farà un uso ingiustificato o abusivo delle facoltà riconosciute dalla suddetta legge organica.

Il *Tribunal Constitucional* è intervenuto per chiarire la nozione di terrorismo idonea a permettere il richiamo all'art. 55 comma 2, precisando che «ogni banda armata in quanto tale non può essere considerata una banda terroristica, così come ogni attività che mira a distruggere l'ordine costituzionale democratico, non è essa stessa comparabile di per sé al terrorismo, persino se essa usa violenza»<sup>63</sup>. Il Tribunale ha poi precisato che il requisito della temporaneità dovrà riferirsi alla durata predeterminata

---

libertà di manifestazione del pensiero e di informazione (art. 20 comma 1, lett. a e d), la libertà di riunione (art. 21), il diritto di sciopero (art. 28 comma 2) e di conflitto sindacale (art. 37 comma 2).

<sup>61</sup> Testo reperibile on-line: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>.

<sup>62</sup> Anche in questo caso, la scelta di introdurre una riserva di legge organica per definire i presupposti, le modalità ed il regime di sospensione di diritti costituzionali per esigenze investigative, aveva il fine di ottenere una base rafforzata di consenso dato che, al fine dell'approvazione, modifica o deroga della stessa, sarà necessaria la maggioranza assoluta del Congresso nella votazione finale sul testo della legge. Vedi, più approfonditamente, A.M. CARMONA CONTRERAS, *Respuestas del ordenamiento jurídico español frente al terrorismo: "el rayo que no cesa"*, pp. 144 ss., in M. CAVINO-M.G. LOSANO-C. TRIPODINA, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>63</sup> STC, 199/1987, in P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 181-182.

della sospensione e non a quella della legge che la autorizza<sup>64</sup> e che ciascun provvedimento concretamente adottato dovrà comunque essere sottoposto a successiva convalida del giudice<sup>65</sup>.

Una previsione costituzionale così strutturata si trova anche nella Costituzione sudafricana, memore delle continue proroghe dello stato di emergenza su cui si è fondato il regime dell'*apartheid* ed in quella canadese, mentre le previsioni di quella francese tendono ad accentrare nelle mani del Presidente poteri straordinari in assenza di incisivi controlli da parte del Parlamento<sup>66</sup>.

Rappresenta un modello mediano tra i due la scelta del costituente tedesco, che consente la sospensione di diritti costituzionali in caso di stato di tensione e stato di difesa (rispettivamente artt. 80a e 115a GG). In tali ipotesi, infatti, la deliberazione deve intervenire su richiesta del governo federale, con l'approvazione della maggioranza qualificata del *Bundesrat*, dimostrando come in situazioni di emergenza esterna i poteri straordinari debbano venire accentrati a livello federale.

Altre Costituzioni che prevedono clausole di emergenza espressa sono quelle del Portogallo, della Grecia, dell'Irlanda<sup>67</sup>, mentre altri Stati, tra cui l'Italia (art. 78 Cost.), prevedono lo stato di guerra come unico stato di eccezione.

Tuttavia, anche in assenza di previsioni espresse nelle leggi fondamentali, agli Stati membri dell'Unione europea è dato avvalersi della clausola di deroga dell'art. 15 CEDU che, in caso di guerra o di altre pubbliche calamità che minaccino la vita della nazione, autorizza a sospendere alcuni diritti previsti nella Convenzione. Essa rappresenta così uno strumento straordinario e *sui generis*, poiché previsto in uno strumento pattizio internazionale, che permette di fronteggiare l'emergenza con i medesimi risultati che si otterrebbero facendo ricorso alle clausole costituzionali sopra richiamate<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> STC, 71/1994, FJ 4.

<sup>65</sup> STC, 199/1987

<sup>66</sup> Il riferimento è all'art. 16 della Costituzione francese, introdotto dal governo De Gaulle dopo la seconda guerra mondiale, che prevede, in stato di emergenza, un accentramento dei poteri legislativi ed esecutivi nelle mani del Presidente. Spetta dunque a quest'ultimo la decisione sulla instaurazione dello stato di emergenza e sull'esercizio dei poteri straordinari ad esso connessi, con un controllo solo politico sulla loro gestione. Vedi per un approfondimento, in relazione anche all'esperienza inglese (*Bill of Indemnity*) e spagnola, A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 40 ss.

<sup>67</sup> Vedi in relazione a tale quadro gli ampi approfondimenti offerti da P. BONETTI, op.cit., pp.166 ss.

<sup>68</sup> A favore di tale interpretazione, nel contesto costituzionale italiano ed in relazione allo stato di guerra dell'art. 78 Cost., vedi V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 218-220. Nonostante il richiamo alle clausole di deroga "internazionali" comporti una riduzione del livello di protezione dei diritti umani accordati dalla nostra Costituzione in caso di guerra, si dubita

Il controllo sarebbe tuttavia demandato alla Corte europea dei diritti dell’Uomo che, proprio nella sentenza *A. and Others v. United Kingdom*, precisa che essa non è vincolata ad eventuali censure relative alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale provenienti dalle Corti Supreme dei Paesi membri, se le statuizioni di queste ultime risultano manifestamente irragionevoli<sup>69</sup>. Un siffatto meccanismo, per quanto rispetti il margine di apprezzamento dei singoli Stati, rischia comunque di creare tensione nel rapporto tra poteri interni, ponendosi in contraddizione con coloro che sono chiamati ad interpretare la Costituzione ed a vigilare sull’effettiva tutela dei diritti ivi garantiti.

### 1.3. Disciplina derogatoria e stratificazione

Dopo aver riconosciuto il fatto emergenziale ed aver dichiarato lo stato di eccezione, lo Stato è chiamato a decidere quali discipline straordinarie adottare, per prevenire o per contrastare la minaccia, ripristinando appena possibile la normalità.

Il dato comune risiede nel fatto che per innalzare il livello di sicurezza nazionale è necessario aumentare i poteri di polizia a discapito dei diritti fondamentali, soggetti a forti limitazioni soprattutto durante la fase investigativa, ove si concentrano in massima parte i poteri di emergenza<sup>70</sup>. Di seguito si possono tratteggiare alcuni esempi relativi alla introduzione di misure straordinarie o modifiche alla previgente normativa, attuate la fine di contrastare l’emergenza terrorismo.

Negli Stati Uniti il presidente Bush, avvalendosi dei poteri straordinari concessigli dalla Costituzione in caso di guerra, già all’indomani del crollo delle torri gemelle aveva firmato un *Military Order* finalizzato a creare una giurisdizione parallela per i sospettati

---

che l’Italia non possa avvalersene: esse non sarebbero altro che «il limite estremo invalicabile della garanzia». La facoltà di avvalersi delle clausole internazionali, in assenza di previsioni costituzionali *ad hoc*, è riconosciuta anche da G. CATALDI, *Art. 15*, pp. 425-442, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001.

<sup>69</sup> ECHR, *Grand Chamber, A. & Others v. The United Kingdom*, par. 174: «(...) Moreover, the domestic courts are part of the “national authorities” to which the Court affords a wide margin of appreciation under Article 15. In the unusual circumstances of the present case, where the highest domestic court has examined the issues relating to the State’s derogation and concluded that there was a public emergency threatening the life of the nation but that the measures taken in response were not strictly required by the exigencies of the situation, the Court considers that it would be justified in reaching a contrary conclusion only if satisfied that the national court had misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court’s jurisprudence under that Article or reached a conclusion which was manifestly unreasonable».

<sup>70</sup> Dello stesso avviso R.E. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e “diritto penale del nemico”*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 7 ss.

di terrorismo internazione, ovvero per coloro le cui azioni sono state fin dal principio considerate dei veri atti di guerra<sup>71</sup>. Questi ultimi, infatti, vennero etichettati come *Unlawful (enemy) Combatants*, privati delle garanzie del diritto umanitario di guerra e detenuti ed interrogati spesso in modo arbitrario<sup>72</sup>.

La procedura giudiziaria nei loro confronti venne riposta interamente nelle mani dell'esecutivo e basata sul c.d. *status based approach*. Vennero istituite delle Commissioni militari *ad hoc* per la revisione della legittimità della detenzione, la cui composizione poteva restare segreta, così come l'identità dei difensori, anche loro in genere parte dell'esercito. Vennero sospesi l'*habeas corpus* ed i diritti "Miranda", non vi era l'obbligo di rendere nota la procedura di raccolta delle prove<sup>73</sup>, che spesso venivano ottenute con tortura o attraverso sorveglianza segreta e si statuì che l'appello rispetto alle decisioni delle Commissioni poteva essere proposto solo ad un collegio militare, sebbene la decisione ultima in ordine alla colpevolezza ed alla sanzione fosse sempre rimessa al Presidente<sup>74</sup>.

I poteri dell'esecutivo vennero ampliati anche grazie alla adozione del *Patriot Act*<sup>75</sup>, con cui si delegarono al governo numerosi poteri legislativi, con limitati obblighi di informazione nei confronti del Congresso, e si aumentarono i poteri di *law enforcement*.

<sup>71</sup> Vedi il *Military Order, Detention, Treatment and Trial for Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, il *Detainees Treatment Act* e, da ultimo, il *Military Commissions Act* del 2006. Sul punto B. LEVIN, *Military Tribunals or Civilian prosecution: the Dilemma of Unlawful Enemy Combatants*, in *Global Crime*, 2006, pp. 390 ss.

<sup>72</sup> T.D. GILL-E. VAN SLIEDREGT, *Guantanamo Bay: a Reflection on the Legal Status and Rights of "Unlawful Enemy Combatants"*, op.cit., pp. 1 ss. Gli Autori, in relazione alle sentenze della Corte Suprema nei casi *Hamdi*, *Padilla* e *Rasul*, osservano: «its rulings seem to have given way to creating a third category of combatants (alongside prisoner of war / combatants and unlawful combatants); that of enemy combatants who have no rights under international humanitarian law, and as it appears hardly any under national constitutional law either», p. 30. Vedi inoltre K. DÖRMANN, *The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"*, in *Int'l Rev. of the Red Cross*, 2003, pp. 45-73.

<sup>73</sup> Il Presidente Obama, con un discorso del 15 maggio 2009, annunciò l'intenzione di continuare ad utilizzare commissioni militari per i terroristi, modificando però le regole generali che tali organismi avrebbero dovuto seguire e fornendo delle nuove, anche se vaghe, linee guida: «*First, statements have been obtain from detainees using cruel, inhuman and degrading interrogation methods will no longer be admitted as evidence at trial. Second, the use of hearsay will be limited, so that the burden will no longer be on the party who objects to hearsay to disprove its reliability. Third, the accused will have greater latitude in selecting their counsel. Fourth, basic protection will be provided for those who refuse to testify. And fifth, military commission judges may establish the jurisdiction of their own courts*». Cfr. *Office of the Press Secretary, The White House, Statement of the President Barack Obama on Military Commissions*, 15 May 2009, [www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office](http://www.whitehouse.gov/the_press_office).

<sup>74</sup> Vedi J. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, pp. 280 ss., in C. DE MAGLIE-S. SEMINARA, op.cit.; ID, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 739 ss.

<sup>75</sup> Per una analisi sistematica vedi L. SALAS, *Primi appunti sul "Patriot Act" statunitense*, in *Legisl. Pen.*, 2004, pp. 473 ss.

Vista la invasività di questi ultimi nei diritti fondamentali e la loro natura strettamente emergenziale, molte previsioni vennero sottoposte alla c.d. *sunset provision*, che fissava un termine allo scadere del quale esse sarebbero venute meno, permettendo all'ordinamento di tornare alla normalità, con il ripristino della legislazione previgente. Tale meccanismo si rivelò tuttavia inefficiente, poiché, anche grazie ad una proroga disposta dall'allora Presidente Bush nelle more della decisione del Congresso, quattordici delle sedici previsioni sottoposte a tale clausola vennero trasformate da transitorie a permanenti.

Un esempio di modifica in senso "securitario" del sistema giuridico si rinviene nella disciplina delle indagini, che rappresenta una peculiarità del sistema USA. Nella prevenzione al terrorismo, infatti, si è intervenuti soprattutto sui metodi e sui poteri investigativi e dunque sulla disciplina processuale penale più che su quella sostanziale.

Il IV emendamento della Costituzione statunitense prevede la possibilità di procedere a perquisizioni e sequestri solo in presenza di una *probable cause*, verificata da un giudice con emissione di un mandato e basata sulla alta probabilità che sia stato commesso un reato, o che in un determinato luogo siano presenti il corpo del reato o cose pertinenti allo stesso<sup>76</sup>. Le eccezioni a tale regola, inizialmente molto limitate, aumentarono nel periodo successivo agli attacchi dell'11 settembre, in particolare con le novelle introdotte dal titolo II del *Patriot Act*.

Vennero di fatto ampliati i poteri relativi all'utilizzo di intercettazioni telefoniche ed informatiche e di accesso ai dati di stranieri e cittadini americani, svincolandole sempre di più dalla necessaria autorizzazione giudiziale, con una forte compressione del diritto alla *privacy*<sup>77</sup>. Inoltre, grazie ad una modifica apportata al *Foreign Intelligence*

---

<sup>76</sup> *Amendment 4 - Search and Seizure: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

<sup>77</sup> Vedi per un approfondimento sul titolo II del *Patriot Act*, J. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti*, op.cit., pp. 249 ss. L'Autore offre un'ampia disamina in materia di intercettazioni di comunicazioni, flussi elettronici e digitali, perquisizioni, ordini di esibizione di dati (anche verso i *service providers*), perquisizioni e misure finanziarie di controllo; E. VIANO, *Balancing Liberties and Security Fighting Cybercrime*, pp. 33 ss., in S. MANACORDA (eds.)-R. FLOR-J. OH. JANG (coord.), op.cit. In relazione alle ricadute sul diritto alla *privacy* vedi F. PIZZETTI, *Lotta al terrorismo e tutela della privacy*, pp. 9 ss., in M. CAVINO-M.G. LOSANO-C. TRIPODINA, op.cit., in materia di trasferimento dei dati personali tra Europa e Stati Uniti, ed in particolare all'accesso al *Passenger Name Record* (registro dei nomi dei passeggeri delle compagnie aeree) *post* 11 settembre; più in generale vedi anche A. MANNA, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it.dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 1022 ss. Si ricorda che il controllo indiscriminato, anche di

*Surveillance Act* (FISA), si giunse ad eliminare il discrimine tra indagini penali ordinarie ed indagini di *intelligence*, una volta legate alle sole esigenze del controspionaggio. Le investigazioni relative a reati di terrorismo possono quindi derogare alla garanzia del IV emendamento ed essere eseguite in modo più snello, non più in base ad un mandato del giudice, bensì in forza di un'autorizzazione della *FIS Court*, che decide (segretamente) sulla base del "ragionevole sospetto" che l'investigazione coinvolga un *foreign power* o un *foreign agent*<sup>78</sup>.

Con tale commistione tra diverse tipologie di indagine viene meno anche l'eccezionalità legata alla segretezza delle procedure, elemento che connotava solo le seconde, mentre in relazione alle prime rimaneva la garanzia della conoscibilità degli atti, per la salvaguardia delle caratteristiche basilari del giusto processo. In caso di perquisizioni, ad esempio, era necessaria una notifica preventiva del provvedimento autorizzativo e della sua esecuzione al destinatario della misura (c.d. *knock and announce*) ed anche in caso di necessità ed urgenza la polizia doveva comunque avvalersi del mandato di un giudice. Con il *Patriot Act* si ampliarono invece le possibilità di procedere a perquisizioni segrete (c.d. *sneak and peek warrant*), con l'obbligo di notificare l'interessato solo in una fase successiva<sup>79</sup>.

Con il *Patriot Act* vennero inoltre introdotte modifiche alla disciplina delle *National Security Letters* (NSL), strumenti investigativi concessi all'FBI, che impongono al destinatario di consegnare tutti i documenti richiesti, relativi in genere ad operazioni finanziarie, anche se contengono dati sensibili su cui si potrebbe fare valere il diritto alla *privacy*. Tuttavia, vista l'eccessiva ingerenza in tale diritto fondamentale, lo *USA Patriot Improvement and Reauthorisation Act*<sup>80</sup> del 2005 introdusse nuove e più ampie

---

stranieri e comunicazioni di esponenti di governi esteri, hanno portato allo scandalo PRISM, scoppiato nell'estate di quest'anno, relativo al programma di sorveglianza globale e raccolta di dati sensibili utilizzato dalla *Nsa* americana

<sup>78</sup> Vedi M. MIRAGLIA, *La tutela processuale dei diritti dopo l'11 settembre negli Stati Uniti*, pp. 46 ss., in M. CAVINO-M.G. LOSANO-C. TRIPODINA, op.cit.. L'Autrice osserva che la sostituzione della *probable clause* con lo "scopo significativo", oltre al fatto che potrebbe produrre un problema di costituzionalità, ha conseguenze di non poco conto sull'intero sistema processuale. Infatti, quest'ultima locuzione è tanto vaga da concedere un'ampia discrezionalità e da permettere di utilizzare tali misure (c.d. *FISA Tools*) anche nei procedimenti penali che nulla hanno a che fare con la lotta al terrorismo. Vedi inoltre ID, *Paura e libertà: legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti*, in *Quest. Giust.*, 2004, pp. 298 ss.

<sup>79</sup> Vedi per un approfondimento, anche in relazione ad altre misure introdotte dal *Patriot Act*, D. COLE, *Enemy Aliens*, pp. 256 ss., in M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Guffrè, 2007.

<sup>80</sup> Cfr. parr. 115-119 del *USA Patriot Improvement and Reauthorisation Act*, reperibile on-line: <http://www.intelligence.senate.gov/laws/pl109-177.pdf>.

garanzie a favore del destinatario delle NSL, consentendogli di contestarne la legittimità di fronte ad una Corte federale, giurisdizionalizzando la procedura e privandola del carattere di segretezza che la aveva fino a quel momento contraddistinta.

Nell'esperienza inglese, al contrario, le reazioni al fenomeno terroristico hanno inciso soprattutto sul diritto alla libertà personale.

Con l'adozione del *Terrorism Act* del 2000, venne superato il requisito di temporaneità delle misure anti-terrorismo che, secondo la previgente legislazione, dovevano essere rinnovate annualmente e soprattutto venne introdotta, nella sezione VII, una disciplina conosciuta *ad hoc* per essere applicata solo in Irlanda del Nord che, al contrario, doveva essere soggetta al vaglio del Parlamento ogni 5 anni<sup>81</sup>.

A seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre e visto l'aumento dell'intensità della minaccia terroristica percepita a livello internazionale, venne inoltre adottato l'*Anti-Terrorism Crime and Security Act* (ACTSA), la cui sezione IV, ed in particolare l'art. 23, permetteva la detenzione amministrativa, potenzialmente indeterminata, di stranieri che per diverse ragioni non potevano essere allontanati dal territorio inglese, se considerati pericolosi per la sicurezza nazionale o se riconosciuti come sospetti terroristi dal Ministro degli Interni *ex art.* 21<sup>82</sup>. Per darvi attuazione, nel dicembre 2001 venne approvato il decreto 3644/2001 denominato *Human Rights Act Designated Derogation* con cui, avvalendosi della clausola dell'art. 15 CEDU, si derogò alla previsione dell'art. 5 CEDU in materia di libertà personale. Tuttavia, sia l'art. 23, sia l'art. 21, vennero censurati dalla *House of Lords* e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>83</sup>, poiché giudicate sproporzionate, discriminatorie nei confronti degli stranieri ed inadeguate a garantire un ricorso effettivo contro il provvedimento con cui si disponeva la detenzione.

Mostrando la volontà di accogliere le istanze della Corte EDU, il Parlamento adottò quindi il *Prevention of Terrorism Act* del 2005, che sostituì la previsione dell'art. 23

---

<sup>81</sup> Il *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* del 1996 cessò di avere forza di legge nel 2000, ma il legislatore inglese preferì non rinunciare ai poteri emergenziali introdotti a regione delle attività terroristiche dell'IRA, motivo per cui nel *Terrorism Act* del 2000 venne inserita una sezione *ad hoc*. Vedi J.O. FROSINI-S. PENNICINO, *La lotta al terrorismo nella patria dell'habeas corpus*, pp. 66 ss., in M. CAVINO-M.G. LOSANO-C. TRIPODINA, *op.cit.*

<sup>82</sup> Artt. 21-22-23 dell'*Anti-terrorism Crime and Security Act 2001*, il cui testo è reperibile on-line: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>.

<sup>83</sup> Le sentenze a cui si fa riferimento sono quelle relative al caso *A. and Others v. United Kingdom*, vedi *supra* par. 1.1.



introducendo i c.d. *control orders*<sup>84</sup>, da emanarsi solo a seguito di un vaglio giurisdizionale sui presupposti di pericolosità soggettiva, che il Governo era chiamato a provare. Attraverso tali strumenti si permetteva, infatti, di applicare diversi tipi di misure di sicurezza custodiali “preventive”, che si potevano risolvere in detenzione domiciliare oppure in misure meno gravose, come restrizioni alla libertà di movimento, di comunicazione e di associazione. Esse dovevano però essere sempre decise da parte di un giudice, sebbene con la facoltà di utilizzare elementi di prova mantenuti segreti.

A seguito degli attentati suicidi del 7 luglio 2005 nella metropolitana di Londra venne poi introdotto il *Terrorism Act* del 2006, che consentì di estendere fino a 28 giorni la detenzione delle persone sospettate di terrorismo, con un provvedimento autorizzato da un semplice ufficiale di polizia<sup>85</sup>. A tale *statute* fece seguito il *Counter-Terrorism Act* del 2008 che ampliò tale termine, fissandolo in 42 giorni<sup>86</sup>.

Nonostante le forti pressioni esercitate sul Parlamento per la sostituzione delle misure draconiane adottate dopo gli attentati del 2001 e del 2005, ed in particolare dei *control orders*, anche con l’adozione del *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (TPIMs Act)* la situazione rimase pressoché invariata. Tale *statute*, infatti, mantenne questi ultimi sostanzialmente in vigore, modificandone il nome e restringendone solo i presupposti applicativi e l’onere della prova richiesto per il rinnovo<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Per un approfondimento vedi C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 545 ss.

<sup>85</sup> Cfr. la sez. 23 del *Terrorism Act*, on-line: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/contents>. Con tale *statute* si è limitato fortemente il diritto di riunione, per evitare la formazione di gruppi inneggianti ad ideologie terroriste e si è introdotto il reato di “*encouragement of terrorism*”, destando forti critiche per l’eccessiva limitazione della libertà di espressione.

<sup>86</sup> Cfr. la parte VII del *Counter-Terrorism Act.*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/28/contents>. In essa si prevede la possibilità di interrogare i sospetti terroristi dopo la formulazione del capo di imputazione, negandogli il diritto al silenzio, poiché le conclusioni tratte in caso di rifiuto di rispondere potranno essere utilizzate nel processo. La sez. 76 introduce la “*terrorism offence*” che permette di punire chi ottiene, cerca di ottenere, ovvero pubblica un’informazione utile a coloro che preparano o commettono un attentato terroristico e che riguarda un membro delle forze armate, della polizia, del *Security Service*, il *Secret Intelligence Service* o il *Government Communication Headquarters*.

<sup>87</sup> Cfr. *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act*, testo reperibile on-line: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents>. Per poter applicare una misura preventiva il segretario di Stato dovrà ritenere ragionevolmente che il soggetto è, oppure è stato, coinvolto in attività terroristiche e dovrà giudicare necessaria l’applicazione di tale misura, per proteggere la collettività dal rischio di attacchi terroristici connessi all’attività del soggetto controllato. Vedi, per un approfondimento critico, V. TADROS, *Controlling Risk*, testo dattiloscritto della relazione tenuta in occasione della *Fourth Conference on the Future of the Adversary System: Preventive Detention and Criminal Justice*, Ravenna, 11 e 12 maggio 2012. Parte dei lavori sono poi confluiti in M. CAIANIELLO-M.L. CORRADO, *Preventing Danger: New Paradigms in Criminal Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2013.

Proprio per tale motivo, il *Joint Committee on Human Rights* della Camera dei Lord e della Camera dei Comuni, definì quest'ultima legge come il definitivo perfezionamento dell' *iter* di normalizzazione dell' emergenza nel sistema britannico<sup>88</sup>, poiché segnava l'approdo della legislazione emergenziale che vide la luce nel 1973 con il *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* (EPA), così come integrato dalle previsioni dei vari *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* (PTA, 1974, 1984, 1989, 1996)<sup>89</sup>.

Il quadro appena delineato dimostra come la disciplina inizialmente derogatoria rispetto al quadro tradizionale di garanzie, con il passare del tempo sia divenuta parte integrante del sistema giuridico ordinario, superando le censure di incostituzionalità attraverso la riduzione del rigore delle misure già previste e la modifica delle etichette che le accompagnano.

La risposta italiana al fenomeno può dirsi molto simile. Essa, infatti, è caratterizzata da un intervento rapsodico e frammentato, che ha inciso sia sul piano del diritto penale sostanziale, sia su quello processuale e che ha comportato l'estensione di discipline eccezionali già previste in materia di criminalità mafiosa, la previsione di nuovi poteri ed incriminazioni e, di conseguenza, l'abbassamento della soglia di garanzie da riconoscere ai cittadini rispetto ai poteri dello Stato<sup>90</sup>.

Le modifiche più rilevanti del d.l. 144/2005, "*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*", convertito nella legge 155/2005<sup>91</sup>, sono state finalizzate al rafforzamento dei poteri di polizia e di *intelligence*<sup>92</sup>, attraverso una enfaticizzazione della funzione di prevenzione rispetto a quella di repressione<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> Vedi *Joint Committee on Human Rights* della Camera dei Lord e della Camera dei Comuni, *Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Seventeenth Report): Bringing Human Rights Back In, Sixteenth Report of Session 2009–10*, The Stationery Office, London 2010, pp. 7 ss.

<sup>89</sup> Vedi, per la disamina dello sviluppo della legislazione di emergenza nel Regno Unito e per gli opportuni richiami bibliografici, L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova University Press, 2012, pp. 131 ss.

<sup>90</sup> Per un quadro più approfondito vedi F. RESTA, *Ancora su terrorismo e stato della crisi*, in L. VIOLANTE-T. GALIANI-A. MERLI, *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle Democrazie Costituzionali*, Università di Camerino, 2013, pp. 294 ss., testo reperibile on-line: <http://d7.unicam.it/afg/node/44>; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, pp. 648 ss.

<sup>91</sup> [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/01/01\\_cap22\\_sch01.htm](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/01/01_cap22_sch01.htm)

<sup>92</sup> In realtà, la riforma tace sui rapporti tra attività di *intelligence* ed indagini penali, ovvero sulla possibilità di utilizzare nei procedimenti penali per reati di terrorismo internazionale informazioni o elementi conoscitivi acquisiti attraverso le operazioni dei servizi di sicurezza. Sebbene l'assenza di regolamentazione non sembri giovare alla effettività di tali indagini, il silenzio serbato sul punto sembra voler mantenere il distinguo tra ricerca ed assunzione di informazioni da parte dell'*intelligence* e la medesima attività svolta dal P.M. Solo in questo modo potrebbe peraltro dirsi rispettata l'autonomia ed indipendenza della giurisdizione penale rispetto all'esecutivo, garantita dall'art. 109 Cost. Così M.L. DI

In tal senso, basti pensare alla facoltà concessa al PM di prorogare i termini delle indagini preliminari, in caso di reati di matrice terroristica (oltre che di criminalità organizzata), fino a due anni, senza che l'indagato ne venga posto a conoscenza<sup>94</sup>. In relazione ai mezzi di ricerca della prova l'art. 13 del d.l. 152/1991, la cui disciplina è stata estesa dalla legge 155/2005 anche ai fatti di terrorismo permette, da una parte, di disporre intercettazioni telefoniche ed ambientali con presupposti meno rigorosi rispetto a quelli ordinari, richiedendo solo "sufficienti indizi" di reato<sup>95</sup> e, dall'altra parte, di autorizzare l'utilizzo delle seconde anche al fine di agevolare le ricerche di un latitante, allorché si proceda per reati, *inter alia*, di natura terroristica (art. 295 comma 3-bis c.p.p.).

In relazione alla acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico, l'art. 6 del d.l. 144/2005 è intervenuto sulla disciplina dell'art. 132 del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/2003) sancendo un obbligo di conservazione dei dati telematici per una durata di 6 mesi, in relazione a tutti i reati, e di 12 per quelli elencati nell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. e per quelli in danno a sistemi telematici ed informatici. In relazione al traffico telefonico il termine è, invece, di due anni. In relazione alle modalità di acquisizione è stato previsto che il P.M. possa chiederne il rilascio attraverso l'emissione di un semplice decreto motivato<sup>96</sup>, senza che si renda necessario l'intervento del giudice ed in assenza di una precisa individuazione dei presupposti e dei reati in relazione ai quali tale procedimento, meno garantito, è ammesso, facendo così dubitare della costituzionalità di tale previsione<sup>97</sup>.

---

BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1186.

<sup>93</sup> Così sostiene A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, p. 226, in C. DE MAGLIE-S. SEMINARA, op.cit.

<sup>94</sup> Il riferimento è alla previsione dell'art. 405 comma 2 c.p.p. e dell'art. 406 comma 5-bis c.p.p., che in caso di richiesta di proroga del termine delle indagini da parte del PM dispone che il giudice provveda *de plano* con ordinanza, senza obbligo di comunicazione all'indagato.

<sup>95</sup> L'art. 267 c.p.p. richiede al contrario "gravi indizi di reato" e che l'intercettazione sia assolutamente indispensabile per la prosecuzione delle indagini.

<sup>96</sup> Vedi F. CAJANI, *Internet Protocol. Questioni operative in tema di investigazioni penali e riservatezza*, in *Dir. Internet*, 2008, pp. 545 ss.; L. LUPARIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 717 ss.

<sup>97</sup> L'articolo 4 del d.l. 144/2005, al fine di potenziare le attività di *intelligence* antiterrorismo, stabilisce che il Presidente del Consiglio dei ministri possa delegare i direttori del SISMI e del SISDE a richiedere al Procuratore generale presso la Corte d'appello competente, l'autorizzazione ad effettuare le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni di cui all'art. 226 disp. att. c.p.p.

Si segnala inoltre l'estensione della facoltà di procedere alla c.d. "perquisizione sul posto", retaggio della politica emergenziale del terrorismo degli anni di piombo e del contrasto alla criminalità di stampo mafioso, esperibile dalla polizia giudiziaria e dalla forza pubblica anche *motu proprio*, in casi di necessità ed urgenza che non consentono il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, sebbene al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi o strumenti di effrazione<sup>98</sup>.

Tra le altre misure che incidono sulla libertà personale si annovera anche il prolungamento del termine del "fermo a fini identificativi", prima fissato in un massimo di 12 ore ed ora protratto fino a 24 ore, senza il necessario coinvolgimento del P.M., come invece richiesto dall'art. 13 Cost. (che fa riferimento ad un "atto motivato della autorità giudiziaria") e dunque sulla base di meri apprezzamenti dell'organo di polizia<sup>99</sup>. Anche nell'ambito del diritto sostanziale è stato creato un «sottosistema penale dell'eccezione»<sup>100</sup>, attraverso la ben conosciuta tecnica della decretazione d'urgenza. La novella del 2005 ha infatti introdotto, nel novero dei reati di matrice terroristica del titolo I del codice, due nuove fattispecie incriminatrici: subito dopo gli artt. 270-*bis* e 270-*ter*<sup>101</sup> c.p. compaiono oggi gli artt. 270-*quater* (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale) e 270-*quinquies* c.p. (Addestramento ad attività anche di terrorismo internazionale).

La *ratio* sottesa alla loro adozione, ovvero quella di reprimere specifici comportamenti funzionali alla preparazione di attentati, si riflette sia sulla tipicità, connotata da una anticipazione della soglia di punibilità che incide su attività preparatorie, sia sull'elemento soggettivo che esprime un particolare disvalore di condotta.

---

<sup>98</sup> Art. 4 della legge 152/75 "*Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*", che in presenza di detti presupposti permette di procedere, oltre che all'identificazione, all'immediata perquisizione sul posto di persone il cui atteggiamento o la cui presenza, in relazione a specifiche o concrete circostanze di luogo e di tempo, non appaiono giustificabili. Tale facoltà è estesa anche al mezzo di trasporto utilizzato dalle persone suindicate per giungere sul posto. Tale previsione era stata già ampiamente criticata al momento della sua entrata in vigore per l'indeterminatezza dei presupposti e per l'eccessiva discrezionalità data alle forze di polizia. Vedi, per un approfondimento P.P. PAULESU, *Perquisizioni sul posto*, pp. 285 ss., in particolare 295 ss., in R.E. KOSTORIS-R.ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>99</sup> Art. 349, comma 4, c.p.p. così come modificato dall'art. 10 del d.l. 144/2005. Vedi sul punto A. SCAGLIONE, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 316 ss.

<sup>100</sup> L'espressione è di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1998, p. 844.

<sup>101</sup> Introdotti entrambi con il d.l. 374/2001.

Siffatta formulazione dimostra come il legislatore abbia voluto, ancora una volta, introdurre delle fattispecie incriminatrici utili a fare fronte alle esigenze investigative connesse a fenomeni criminali che destano allarme sociale. Esse infatti, in forza della loro carenza di determinatezza, rappresentano uno strumento utile in fase di indagine, poiché permettono semplificazioni probatorie in ordine ai presupposti delle misure cautelari e soprattutto giustificano l'utilizzo di invasivi mezzi di ricerca della prova. Tuttavia, tali supposte semplificazioni connesse alla tecnica di formulazione delle fattispecie, in fase di accertamento mostrano di essere solo illusorie, posto che il PM sarà chiamato a provare oltre ogni ragionevole dubbio ogni elemento costitutivo<sup>102</sup>, tra cui l'idoneità della condotta al perseguimento degli scopi di cui all'art. 270-*sexies* c.p. Un'altra novità del d.l. 144/2005 è l'introduzione, in sede di conversione, dell'art. 270-*sexies* c.p. che fornisce finalmente una definizione di "condotte con finalità di terrorismo"<sup>103</sup>, riproducendo la prima parte dell'art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI, ma rinunciando a riproporre l'elenco degli "atti intenzionali" che per il legislatore dell'Unione sono, al contrario, gli unici idonei ad essere qualificati come terroristici<sup>104</sup>. La sua formulazione è stata, tuttavia, molto criticata, al punto da essere stata definita una previsione «parzialmente in bianco e (...) insoddisfacente sotto il profilo della determinatezza»<sup>105</sup>. Ciò vale in relazione al significato da conferire alla locuzione "grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale" e,

<sup>102</sup> Vedi *infra*, par. 1.4.

<sup>103</sup> Quando il governo italiano elaborò il testo del d.l. 144/05 ("*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*", anche noto come 'Pacchetto Pisanu'), rinunciò «volontariamente a formulare una definizione di terrorismo, essendosi trovato in una certa difficoltà, stretto tra la definizione di cui alla decisione quadro del Consiglio europeo e quella delle Nazioni Unite, e ritenendo, inoltre, data la delicatezza e la complessità della materia, che fosse meglio rinviare la soluzione alla valutazione del Parlamento». Queste le parole del Ministro Pisanu in occasione del suo intervento illustrativo alla Camera dei deputati, dd. 30 luglio 2005.

<sup>104</sup> La seconda parte dell'art. 1 indica analiticamente le seguenti condotte: a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona; c) sequestro di persona e cattura di ostaggi; d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane; i) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h).

<sup>105</sup> Così M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 694 ss. Vedi inoltre A. VALSECCHI, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1097 ss.

soprattutto, in relazione alla clausola di chiusura che menziona le “altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l’Italia”. Tale inciso, infatti, pur assicurando l’adeguamento automatico ad eventuali fonti sovranazionali che forniscono diverse definizioni di terrorismo, non fa altro che introdurre un rinvio mobile a previsioni internazionali, anche di futuro conio e per questo potenzialmente in contrasto tra loro<sup>106</sup>. Questa tecnica normativa è stata quindi censurata, poiché ritenuta in contrasto con il principio di legalità, ed in particolare con quello di tassatività tipico delle norme penali, rivelandosi uno strumento inidoneo ad assicurare ai consociati la conoscibilità del precetto penale.

Si è altresì osservato che essa impone una doppia tipizzazione: la prima relativa alla finalità che si deve al suo stesso precetto – intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere la strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un’organizzazione internazionale - e la seconda relativa al fatto obiettivo, che si identifica in relazione a quello delle altre norme che vengono in gioco. Una formulazione, dunque, che pone l’attenzione sull’atteggiamento di inimicizia verso l’ordinamento di uno Stato o di una organizzazione, ma che sembra tuttavia sovradimensionato nel momento in cui richiede un “grave danno” al Paese” oppure la “destabilizzazione o distruzione delle strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali”. Peraltro, il fatto che nella definizione dell’art. 270-*sexies* c.p. non figurino la violenza pone il rischio che, proprio alla luce della doppia tipizzazione, vengano in essa ricompresi anche atti eversivi privi di natura terroristica<sup>107</sup>, meglio inquadrabili nella fattispecie, punita meno severamente, dell’art. 270 c.p., anziché in quella successiva dell’art. 270-*bis* c.p.<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Si fa inoltre notare che la stessa tecnica normativa adottata a livello nazionale non seguirebbe i crismi di precisione e determinatezza necessari per la tipizzazione di una condotta penalmente rilevante, potendosi predisporre degli elenchi, anche generici, di attività considerate *ipso iure* terroristiche in presenza di determinate finalità. Vedi sul punto V. MASARONE, *Le “condotte con finalità di terrorismo” (art. 270-*sexies* c.p.): un’emergenza indeterminata*, pp. 137 ss., in particolare p. 148 in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, ESI, Napoli, 2009. Vedi inoltre S. REITANO, *Riflessioni a margine delle nuove fattispecie di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 256 ss.; L. PISTORELLI, *Punito anche il solo arruolamento*, in *Guida al dir.*, 2005, pp. 58-59.

<sup>107</sup> L’argomentazione si deve a F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 670-671, ove si riconosce che la fattispecie è espressione del “simbolismo bellico”. Si è fatto tuttavia notare che il requisito della violenza, se introdotto in fattispecie, sarebbe stato comunque pleonastico. La violenza si recupererebbe con il richiamo alle condotte dei reati

Dal quadro così tratteggiato si può notare come nel contrasto al terrorismo, le discipline “emergenziali” introdotte *ad hoc* abbiano affidato la funzione preventiva soprattutto alla fase investigativa, con l’ampliamento dei poteri di controllo da parte delle pubbliche autorità sui cittadini, spesso derogando in via non solo temporanea alle garanzie derivanti dal diritto alla *privacy*. Sul versante del diritto penale sostanziale si è invece assistito alla introduzione, a seguito anche delle indicazioni sovranazionali, di fattispecie caratterizzate da anticipazione di tutela che hanno destato preoccupazioni soprattutto in relazione al rispetto del principio di determinatezza e di offensività.

Proprio per questo motivo il ruolo assunto dalle Corti nazionali risulta fondamentale, sia per quanto concerne la dichiarazione di emergenza nazionale in senso lato, sia in relazione alla valutazione circa la compatibilità delle misure eccezionali con la Costituzione e la loro proporzionalità rispetto al grado di invasività nei diritti fondamentali.

#### *1.4. Limitazione e controllo nel macro-livello costituzionale*

Se, come sopra dimostrato, lo stato di eccezione incide sulla tripartizione dei poteri e sull’*iter* normativo di produzione della legge, allora si deve ammettere che in tali circostanze la sovranità assume il carattere della frammentarietà. In altre parole, se il Parlamento decide sulla sospensione, perdendo in parte le proprie attribuzioni, ed i poteri straordinari vengono fatti rifluire nella mani dell’esecutivo, non resta che investire le Corti Supreme del ruolo di garanti dei diritti fondamentali nelle situazioni di emergenza.

In tali circostanze prende il sopravvento il «costituzionalismo legalista»<sup>109</sup>, ove il vero limite rispetto ai possibili abusi legati alla crisi è rappresentato dai diritti umani, quali

---

base di riferimento (270-bis, 270-quater, 270-quinquies c.p.). Neppure negli artt. 280 e 280-bis c.p. compare il requisito della violenza, ma esso viene comunque considerato elemento implicito e dedotto dal fatto tipico. Vedi V. MASARONE, op.cit., p. 149.

<sup>108</sup> La linea di discriminazione tra le due fattispecie è oggi difficile da tracciare, soprattutto perché entrambe sono astrattamente idonee a punire attività eversive e la vaga formulazione della finalità terroristica rende ancora più ardua la distinzione. Vedi, più ampiamente, R. BARBERINI, “*Sovversivi, non terroristi*”: la Corte di Cassazione offre una rivoluzionaria interpretazione dell’art. 270-bis c.p., in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3347 ss., nota alla sentenza della sez. V della Cassazione, n. 12252/2012, nella stessa Rivista, pp. 3329 ss.

<sup>109</sup> Così R. BARTOLI, *Regola ed eccezione*, cit., p. 357. Vedi inoltre ID., *Chiaro ed oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2012, pp. 794 ss., di cui non si condivide però la distinzione tra diritti assoluti e relativi, nonché il rifiuto di fare rientrare la sicurezza nel novero dei diritti fondamentali.

limiti negativi alla legislazione (emergenziale) ed ai singoli provvedimenti di contrasto alle attività del “nemico”. Essi, infatti, operano come argine alla politica della maggioranza e disegnano la «sfera del non decidibile»<sup>110</sup>, rappresentando la dimensione sostanziale della democrazia.

Non tutti i diritti sono però fondamentali, ossia idonei a creare limiti alle reazioni emergenziali delle pubbliche autorità. Possono essere tali solo quelli attribuiti universalmente a tutti in quanto persone, quelli inalienabili e tutti quelli che si pongono come condizione necessaria della pace: tra di essi vi sono certamente il diritto alla vita, alla integrità fisica, alla libertà in tutte le sue forme ossia quelli che, lasciati privi di tutela, possono portare all’oppressione da parte del più forte ovvero all’insurrezione del più debole.

Una simile concezione anima anche le Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, quali i Patti internazionali per i diritti civili e politici (PIDCP), la CEDU e la Convenzione americana dei diritti dell’uomo (CADU) che, pur permettendo la sospensione di alcune libertà fondamentali in condizioni eccezionali, individuano quali limiti negativi proprio i diritti inderogabili, il cui nucleo essenziale non può essere mai violato<sup>111</sup>. È tuttavia condivisibile l’opinione espressa da una parte della dottrina, secondo cui l’ordinamento internazionale è poco più che un insieme di “promesse non mantenute”, poiché purtroppo manca in molti casi degli strumenti necessari per rendere i diritti giustiziabili e li riduce quindi a mere aspettative di non lesione<sup>112</sup>.

Tornando alla dimensione nazionale, quando si tratta di giudicare sulla necessità di dichiarare l’emergenza nazionale, o eventualmente di prorogarla, si dovrebbe evitare l’ingerenza dei giudici, poiché tali decisioni, essendo di natura politica, dovrebbero essere rimesse all’apprezzamento dei rappresentanti del popolo. In caso contrario si rischierebbe una giurisdizionalizzazione dell’intero sistema ed una “tirannia” della magistratura, che così assumerebbe il ruolo di controllato, pregiudicando quello, suo naturale, di controllore<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Così L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 157.

<sup>111</sup> Vedi *infra*, par. 2.

<sup>112</sup> Vedi L. FERRAJOLI, *op.ult.cit.*, pp. 173-174. Il riferimento può andare agli stessi Patti internazionali per i diritti civili e politici che prevedono, ai fini di controllo sul rispetto delle obbligazioni assunte dagli Stati firmatari, degli obblighi di *report* sulla situazione nazionale (art. 40), su cui vigila il Comitato per i diritti umani. Quest’ultimo, tuttavia, può solo emettere delle raccomandazioni non vincolanti e non coercibili.

<sup>113</sup> In relazione alla inopportunità di sostituire il parlamento nelle scelte di politica-criminale vedi M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen.*



Una forma debole di revisione giudiziaria si potrebbe ravvisare solo per evitare che in emergenza si esercitino poteri costituenti, finalizzati al passaggio dall'ordinamento previgente ad uno nuovo in *fieri*, anche attraverso la predisposizione di *escamotage* sub-costituzionali, idonei a creare un binario parallelo di attivazione di poteri straordinari al di fuori del quadro della temporanea eccezione<sup>114</sup>.

Al fine di superare tali *impasse* sembrerebbe più ragionevole introdurre un paradigma che si muova su tre gradi di controllo.

Il primo dovrebbe risiedere nell'obbligo di imporre la presenza di un nesso funzionale tra la deliberazione dello stato di emergenza ed il fatto eccezionale da contrastare, per creare uno spazio circoscritto di delimitazione degli interventi straordinari.

Il secondo dovrebbe risolversi nella previsione di maggioranze progressivamente più qualificate per il prolungamento dello stato di emergenza, affinché sia il Parlamento tutto ad assumersi la responsabilità politica delle misure adottate in tale quadro. L'ultimo dovrebbe invece richiedere all'esecutivo, che agisce già in uno spazio circoscritto dal Parlamento, di motivare l'adozione di ogni strumento straordinario, dando prova della sua necessità rispetto allo scopo perseguito, della sua proporzionalità e delle ricadute sui diritti umani.

Solo in tal modo si darebbe l'occasione alle Corti Supreme di esercitare il loro vaglio sul corretto uso della discrezionalità accordata all'esecutivo durante l'emergenza, salvaguardando la stessa divisione dei poteri ed evitando che i giudici siano chiamati a fare scelte politiche che non rientrano nelle loro competenze<sup>115</sup>. Esse potranno così

---

*cont.*, p. 26: «Il Leviatano è ancora molto forte e decide dello stato di eccezione. Se non fosse tutto politica, si teme, esisterebbe comunque una politica superiore, a base costituzionale, gestita dalla magistratura, da un supercontrollo della Corte Costituzionale o persino dalle manipolazioni ermeneutiche della magistratura ordinaria, delegata senza controlli a un'interpretazione conforme da diritto libero, non solo in *bonam partem*».

<sup>114</sup> Di questo avviso B. ACKERMAN, *Prima del prossimo attacco: preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, trad. it. a cura di A. Quarenghi, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 146 ss. Il pericolo della sedimentazione dell'emergenza nell'ordinamento e della traduzione delle previsioni temporaneamente adottate con strumenti eccezionali, è stato avvertito anche nel nostro ordinamento in riferimento ai poteri di ordinanza. Il rischio, denunciato dalla Corte Costituzionale, è quello di utilizzare questi ultimi per introdurre nel sistema giuridico una normativa di rango primario a tempo indeterminato. Vedi Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Foro it.*, 1988, p. 3538, ove si precisa: «Nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche o deroghe alla norma primaria per motivi di necessità o di urgenza. Per l'esercizio da parte di autorità amministrative di siffatti poteri, con effetti di deroga, ma non anche di abrogazione o modifica, della normativa primaria (...)».

<sup>115</sup> Un operazione analoga è stata effettuata anche dalla Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 15 dell'1 febbraio 1982, pronunciata in un periodo connotato dall'allarme del terrorismo e relativa al prolungamento dei termini della carcerazione preventiva che, in alcuni casi, potevano arrivare fino a quasi

operare avvalendosi dei tradizionali criteri ermeneutici dei “tempi di pace”, ovvero la ragionevolezza e soprattutto la proporzionalità, da accertarsi in relazione al grado di invasività della misura ed al tipo di diritto fondamentale su cui essa va ad incidere.

I giudici saranno poi chiamati a contribuire alla “normalizzazione” dell’emergenza, eliminando dall’ordinamento le misure sproporzionate e non più necessarie e, se si tratta di fattispecie penali di nuovo conio, fornendo all’interprete la norma che si dovrà applicare, depurata da eventuali difetti di determinatezza o da eccessive anticipazioni di tutela, tendenti a punire fatti tipici ma privi di offensività.

*Segue: Limitazione e controllo nel micro-livello decisionale*

Guardando alle esperienze di alcuni Stati si è potuto notare come un attacco terroristico, al di fuori dell’esperienza statunitense legata all’11 settembre, difficilmente è stato ritenuto idoneo a giustificare uno stato di eccezione, poiché la sua carica offensiva, valutata a livello oggettivo, è ben inferiore rispetto a quella percepita dalla collettività. Per tale motivo il ruolo dei giudici cresce a livello esponenziale nel micro-livello decisionale.

Le Corti diventano custodi dei diritti fondamentali ed allo stesso tempo garanti del principio di legalità, poiché i primi, in questa fase, non possono essere considerati l’unico limite negativo ai poteri pubblici. Non convince, infatti, la supposta modifica del loro ruolo come motore espansivo dello *ius puniendi* dello Stato, che trasforma il diritto penale in strumento di tutela della vittima, dimenticando che anche il *reo*, una volta sottoposto a procedimento penale, lo diventa<sup>116</sup>.

---

11 anni. La Corte ammette che è dovere di parlamento e governo adottare delle misure emergenziali per la tutela della sicurezza e dei beni dei cittadini, tuttavia precisa che per un ordinamento in cui il terrorismo semina morte e distruzione, sono «*legittime misure insolite, ma che queste perdono di legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo*». In *Giur. cost.*, 1982, pp. 101 ss. La Corte dimostra quindi di voler assicurare i poteri necessari e sufficienti per fare fronte all’emergenza, senza però concedere una delega in bianco, richiamando il necessario requisito della temporaneità. Vedi per un commento critico A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 108 ss.; R. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, loc. cit., pp. 82 ss.

<sup>116</sup> In tal senso e sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte interamericana dei diritti dell’uomo vedi F. VIGANÒ, *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, in *Revista Juridica*, 2012, pp. 42 ss.; vedi inoltre, più approfonditamente ID., *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2645 ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, pp. 243 ss., in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011. In senso fortemente critico in relazione al supposto “diritto della comunità delle vittime” vedi V. VALENTINI, *Le garanzie liberali ed il protagonismo delle vittime: uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale*

Al fine di sottrarre all'illecito penale, alla pena, così come all'ermeneutica giudiziale il volto di lotta, sarà dunque necessario recuperare una lettura secondo cui i diritti della vittima vadano a confluire nel principio di legalità «che definisce, insieme con il fatto, chi ne può essere soggetto passivo», affinché «i *diritti dell'autore e dell'imputato* non poss(a)no subire torsioni ermeneutiche, motivate da bisogni collettivi di prevenzione generale o di contrasto a fenomeni generali»<sup>117</sup>.

In ragione di ciò che è stato brevemente tratteggiato nel precedente paragrafo, che mostra come l'emergenza possa facilmente sedimentarsi all'interno degli ordinamenti democratici, sembra opportuno dare conto di come le Corti siano intervenute, presto o tardi, in termini di “normalizzazione” del sistema e recupero delle garanzie. È proprio quando si chiede tutela giurisdizionale, al fine di rendere giustiziabile un singolo diritto costituzionale, che si può accertare quanto il «diritto di lotta»<sup>118</sup> abbia intaccato la terzietà ed imparzialità del giudice.

Anche a sostegno di tale affermazione sembra opportuno richiamare qualche decisione significativa per il ripristino di garanzie sospese nel quadro del contrasto al terrorismo.

Negli Stati Uniti, ad esempio, la Suprema Corte sembra essere “tornata dalla guerra” nel 2004, con le sentenze *Rasul, Hamdi e Padilla*<sup>119</sup>, a cui fecero seguito quelle sul caso *Hamdan* (2006) e sul caso *Boumediene* (2008).

---

europa, in *Jus17@unibo.it*, 2011, pp. 77 ss., contributo comparso in inglese, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law. A Critical Overview*, in *EuCLR*, 2011, pp. 188 ss.

<sup>117</sup> Così scrive M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 202.

<sup>118</sup> Così M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *St. quest. crim.*, 2007, pp. 78 ss. Questo accade quando le norme penali vengono utilizzate al di là della propria portata definitoria «per combattere un fenomeno che sta fuori dal tipo». L'Autore precisa inoltre che «la cultura della giurisdizione, infatti, impone che il giudice, (...), rimanga imparziale e che le stesse norme di “lotta” presenti nella legislazione siano tenute al di fuori della attività (non della competenza) del giudice». Se il giudice scambiasse il proprio ruolo con quello della polizia o del PM si giungerebbe alla trasformazione del diritto penale di “lotta” (legittimabile) con il diritto penale del nemico (illegittimo). A. Barak ha più volte sostenuto, infatti, che il ruolo dei giudici è quello di proteggere la democrazia sia dal terrorismo, sia dai mezzi che lo Stato intende utilizzare per combatterlo. Vedi ID, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 3385 ss. In particolare l'Autore precisa: «non è possibile raggiungere un giusto equilibrio se i diritti umani vengono pienamente protetti come se non esistesse alcuna forma di terrorismo; allo stesso modo, non è possibile raggiungere un giusto equilibrio ove venga data priorità assoluta alla sicurezza nazionale, come se non esistessero i diritti umani. (...) È necessario riconoscere che la Corte non risolverà il problema del terrorismo. È una questione di cui devono occuparsi altri settori del governo. Il ruolo dei tribunali è quello di garantire la costituzionalità e la legalità della lotta contro il terrorismo».

<sup>119</sup> *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 2004. Testo della pronuncia reperibile on-line: <http://www.globalsecurity.org/security/library/policy/national/03-1027.pdf>. Padilla era un cittadino americano, vissuto a lungo in medio-oriente ed arrestato al suo ritorno all'aeroporto di Chicago. Egli venne poi dichiarato *enemy combatant* e detenuto in un carcere militare per due anni, senza conoscere le

Nella sentenza *Rasul*<sup>120</sup>, la Corte Suprema riconobbe la competenza della *Federal Court* in merito alla verifica della detenzione a Guantanamo di cittadini stranieri residenti all'estero, ribaltando la precedente decisione della Corte del distretto della Columbia<sup>121</sup>. Essa, da una parte, dichiarò di non sentirsi vincolata al precedente *Eisentrager*, dato che il detenuto non poteva essere considerato cittadino di un paese in guerra contro gli Stati Uniti e, dall'altra parte, affermò che la nozione di extraterritorialità fatta valere dal governo era irrilevante nel caso di specie, poiché il luogo di detenzione, in virtù di un trattato internazionale, era posto sotto il controllo e la completa giurisdizione statunitense<sup>122</sup>.

Nel caso *Hamdi*<sup>123</sup> la Corte Suprema venne chiamata a decidere su due questioni: se l'esecutivo avesse il potere di detenere dei soggetti a tempo indeterminato, senza formulare un'imputazione ed in assenza di *judicial review*, e se i detenuti avessero una effettiva possibilità di contestare il proprio *status* di *enemy combatants*.

In relazione alla prima questione i giudici ribadirono la legittimità dell'utilizzo dei poteri di guerra da parte del Presidente, poiché nel caso di specie egli aveva agito con autorizzazione - seppur indiretta, perché intervenuta con *l'Authorization for Use of Military Force* del 2001<sup>124</sup> - da parte del Congresso e nel pieno rispetto dei limiti della

---

accuse a suo carico e senza poter entrare in contatto con un avvocato. Nella sentenza *Padilla*, si decise una questione meramente processuale, avente ad oggetto la competenza territoriale in materia di ricorso presentato da un *enemy combatant*, riconosciuta alla *Federal Court* del distretto ove il soggetto si trovava detenuto.

<sup>120</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U.S., 2004, testo della decisione reperibile on-line:

<http://www.globalsecurity.org/security/library/policy/national/03-334.pdf>

<sup>121</sup> Nel par. 3 della decisione si afferma che nel precedente *Johnson v.s. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 1950, la Corte Suprema esclude la giurisdizione delle Corti statunitensi in relazione alle istanze sollevate da alcuni prigionieri di guerra tedeschi catturati dall'esercito degli Stati Uniti in Cina ed incarcerati in Germania. La Corte Suprema ha disatteso la pronuncia, richiamando gli accordi conclusi con il governo cubano, secondo cui gli Stati Uniti avrebbero esercitato "*complete jurisdiction and control*" sulla base navale (art. III del *Lease of Lands for Coaling and Naval Station* del 1903 e art. III del Trattato del 29 maggio 1934 *Defining Relations with Cuba*). Cfr. S. SANTOLI, *U.S.A.: Eppure (r)esistono. Habeas corpus, due process of law, checks and balances. In margine alle sentenze della Corte Suprema del 28/6/2004*, reperibile su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Cfr. T.D. GILL-E. VAN SLIEDREGT, *Guantanamo Bay: a Reflection on the Legal Status and Rights of "Unlawful Enemy Combatants"*, pp. 27-29, in M. HOLE-J. VERVAELE, *Security and Civil Liberties*, op.cit. Per un approfondimento vedasi G.P. FLETCHER, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War. Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantanamo Bay*, in *J. Int' Crim. Just.*, 2004, pp. 954 ss.

<sup>122</sup> *Rasul v. Bush*, par. 1.

<sup>123</sup> *Hamdi v.s. Rumsfeld*, 542 U.S., 2004. Hamdi era un cittadino americano catturato e dichiarato *enemy combatant*. Egli venne detenuto per oltre due anni, inizialmente a Guantanamo e, successivamente all'accertamento della sua cittadinanza, in una base militare della Virginia. Testo reperibile on-line: <http://www.globalsecurity.org/security/library/policy/national/03-6696.pdf>.

<sup>124</sup> Testo on-line: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>. Con tale *statute* al Presidente venne riconosciuta l'autorità di usare "*the necessary and appropriate force*" contro

necessità e della proporzione. Essi però non si pronunciarono sulla facoltà dell'esecutivo di mantenere in custodia a tempo indeterminato coloro che rappresentavano una minaccia per la sicurezza nazionale, limitandosi a giustificare la detenzione per la durata della guerra in Afghanistan. Fornire una linea temporale che prendesse come termine massimo la fine della “*War on terror*” sarebbe stato, infatti, un riconoscimento implicito del fondamento legale della *arbitrary detention* in cui venivano mantenuti i terroristi, o presunti tali.

La Corte però fece un passo avanti, statuendo che l'autorizzazione del Congresso non poteva giustificare i casi di *indefinite detention* finalizzati al mero interrogatorio, dato che la misura era animata dal proposito di mantenere il detenuto lontano dal campo di battaglia per tutta la durata del conflitto. I giudici richiamarono inoltre la “*due process clause*” del V e XV Emendamento, secondo cui “*no person shall be (...) deprived of life, liberty, or property without due process of law*”, per precisare che ad un cittadino deve essere sempre riconosciuto il diritto di contestare, di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, gli elementi di prova posti alla base della propria detenzione, anche in procedimenti davanti a tribunali militari legalmente costituiti<sup>125</sup>.

Con la sentenza *Hamdan*<sup>126</sup> la Corte riconobbe invece in via definitiva l'applicabilità delle garanzie dell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra anche agli *enemy combatants* e, tra di esse, quella al ricorso giurisdizionale davanti ad un tribunale regolarmente costituito. In tale nozione non potevano però farsi rientrare le Commissioni militari, considerate illegittime, perché istituite con un atto del Presidente degli Stati Uniti e non, come previsto dal dettato costituzionale, da parte di un atto del potere legislativo, a cui si riconosce competenza esclusiva in materia di organi giurisdizionali<sup>127</sup>.

---

coloro che “*planned, authorized, committed or aided*” the September 11th attacks, or who harbored said persons or groups”.

<sup>125</sup> Vedi in particolare l'*opinion* del giudice O'Connor.

<sup>126</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 2006. Testo della sentenza reperibile on-line: <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>. Vedi per un commento V. FANCHIOTTI, *Da Hamdan al Military Commission Act 2006: la rivincita dei “nemici del diritto penale”*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 1237 ss.

<sup>127</sup> Cfr. art. 3, sez. 1 e dell'art. 1 sez. 8. Secondo il primo “il potere giudiziario degli Stati Uniti sarà conferito ad una Corte Suprema e alle Corti inferiori che il Congresso potrà di volta in volta istituire ed organizzare”, il secondo, a sua volta, comprende tra i poteri riconosciuti al legislativo federale quello di creare Corti inferiori alla Corte Suprema. Con tale sentenza i giudici superarono la giurisprudenza del caso *Ex Parte Quirin* del 1942, che riconobbe al Presidente il potere di istituire tribunali militari *ad hoc* per processare i combattenti stranieri. Ma la Corte si spinse oltre ribadendo non solo il diritto dell'*habeas corpus*, ma dichiarando anche la natura consuetudinaria e vincolante delle previsioni sul giusto processo dell'art. 75 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra. Con tali argomentazioni riconobbe

La reazione del governo a tale *decisum* fu quella di emanare il *Military Commission Act*, per adeguare le procedure alle indicazioni dei giudici supremi. Nella sez. 7 venne però introdotto un divieto per i giudici di esercitare la loro giurisdizione sui ricorsi di *habeas corpus* dei detenuti di Guantanamo<sup>128</sup>, previsione questa che cadde sotto la censura di illegittimità costituzionale, pronunciata nel di poco successivo caso *Boumediene*<sup>129</sup>, in cui la Corte Suprema richiamò nuovamente le argomentazioni esposte nelle sentenze del 2004. In particolare, precisò che il rimedio dell'*habeas corpus* di fronte ai giudici federali non poteva essere sospeso (se non in caso di invasione) e doveva essere assicurato anche ai detenuti di Cuba, dato che questi ultimi non potevano ottenere garanzie di fronte *Combatant Status Review Tribunals*<sup>130</sup>.

Attraverso queste pronunce i giudici hanno dimostrato di voler finalmente far rientrare coloro che sono stati etichettati “*unlawful combatant*” tra i “cittadini”, facendogli abbandonare il ruolo di non-persone. Ad essi vengono infatti restituiti i più fondamentali dei diritti e gli strumenti per chiederne la tutela, attraverso un bilanciamento tra libertà e sicurezza che non teme di riaffermare il “Diritto” di fronte all'emergenza<sup>131</sup>.

---

al ricorrente il diritto ad essere messo a conoscenza delle accuse mosse a suo carico e soprattutto il diritto ad esercitare il proprio diritto di difesa nel senso più esteso possibile. Per un approfondimento vedasi A. LANCIOTTI, *Il rispetto del diritto internazionale a Guantanamo: osservazioni a margine della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso Hamdan v. Rumsfeld*, in *Riv. dir. pubb. it. com. e comp.*, 2006. Vedi inoltre M.L. CORRADO, *Sex Offenders, Unlawful Combatants, and Preventive Detention*, in *N. C. L. Rev.*, 2005, pp. 13 ss.

<sup>128</sup> Par. 950j, let. b): *Finality or proceedings, findings, and sentences: “Provisions of chapter sole basis for review of military commission procedures and actions”. Except as otherwise provided in this chapter and notwithstanding any other provision of law (including section 2241 of title 28 or any other habeas corpus provision), no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any claim or cause of action whatsoever, including any action pending on or filed after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, relating to the prosecution, trial, or judgment of a military commission under this chapter, including challenges to the lawfulness of procedures of military commissions under this chapter”*

<sup>129</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 2008. Testo della decisione reperibile on-line: <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>.

<sup>130</sup> Vedi per un quadro generale ed approfondito M.L. CORRADO, *Presumed dangerous: punishment, responsibility, and preventive detention in American jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, 2013, in particolare capitoli IV e V; ID., *Terrorists and Outlaws*, pp. 3-26, in M. CAIANIELLO-M.L. CORRADO, *Preventing Danger*, op.cit.

<sup>131</sup> Vedi, per un approfondimento in relazione alle decisioni prese dalla Corte Suprema in tempi di crisi nazionale, prima del 2004, M.V. TUSHNET, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in *2003 Wis. L. Rev.*, 2003, pp. 273 ss.

In Europa, in relazione all'utilizzo per il perseguimento di gravi reati delle tecniche investigative o «tecnologie del controllo»<sup>132</sup>, ovvero quelle che sfruttano le nuove tecnologie in maniera invasiva per acquisire numerosi dati personali<sup>133</sup>, tra cui quelli relativi agli spostamenti, al traffico telematico e telefonico, si deve segnalare la tendenza uniforme di alcune Corti Supreme.

Il *Bundesverfassungsgericht*, con la sentenza del 2 marzo 2010 è intervenuto sui §§113a e 113b del *Telekommunikationsgesetz* (TKG) e sul § 100g, comma 1 StPO, introdotti in Germania anche a fini di lotta al terrorismo internazionale, dichiarandoli incostituzionali, poiché in contrasto con l'art. 10, comma 1, *Grundgesetz*, che tutela il c.d. diritto alla “autodeterminazione informativa”.

In particolare, il primo imponeva all'*Internet Service Provider* (ISP) di conservare i dati di traffico telefonico, *email* e servizi *Internet* e di quelli idonei ad identificare chi aveva effettuato, o anche solo tentato di effettuare la comunicazione. Il secondo, da un lato, precisava che l'obbligo di archiviazione aveva ad oggetto i dati necessari per perseguire i reati, per evitare gravi minacce alla sicurezza pubblica o per adempiere ai compiti istituzionali delle autorità di protezione della Costituzione della federazione o di un *Land*, nonché dei servizi federali e di *intelligence* e, dall'altro lato, permetteva all'autorità investigativa di richiedere all'ISP la comunicazione di ulteriori dati relativi all'utente di cui questa conosceva l'*Ip address*. Il §100g StPO conteneva invece l'obbligo per i *provider*, in relazione sia ai gravi reati elencati nel §100a, comma 2, sia ad ogni reato commesso mediante mezzi di comunicazione, di rendere accessibili tutti i dati necessari per le indagini.

I rilievi di costituzionalità hanno riguardato l'obbligo di archiviazione, poiché prescindeva da specifici presupposti e faceva riferimento in modo indiscriminato a qualsiasi utente ed a qualunque dato, con un duplice rischio: quello di portare ad abusi da parte delle pubbliche autorità e quello di sottoporre ad indagine chiunque, anche in assenza di una *notitia criminis*. Il Tribunale costituzionale ha inoltre precisato che è

<sup>132</sup> Così G. DI PAOLO, “*Tecnologie del controllo*” e *prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, CEDAM, Padova, 2008.

<sup>133</sup> Vedi per un approfondimento R. FLOR, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuehung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2010, pp. 359 ss.

compito del legislatore attivarsi al fine di specificare, attraverso previsioni chiare e precise, i presupposti, il tipo, la natura ed i limiti di utilizzo dei dati<sup>134</sup>.

Un'altra censura ha toccato il disposto del §100g, soprattutto in relazione all'inciso "ogni reato commesso mediante mezzi di comunicazione", indipendentemente dalla sua gravità. Considerando, infatti, la diffusione e l'utilizzo quotidiano degli strumenti informatici, il precedente riferimento ai gravi reati di cui al §100a perdeva ogni capacità selettiva, rendendo l'invasione nella sfera dei diritti fondamentali del singolo sproporzionata, poiché non più connessa ad un pericolo concreto per la vita, la libertà o la sicurezza della Federazione o di un *Land*<sup>135</sup>.

Una questione analoga è stata affrontata dalla Corte costituzionale rumena, con la sentenza del dicembre 2008. Il giudizio aveva ad oggetto la legge 298/2008, che imponeva al *provider* un obbligo di conservazione dei dati per sei mesi, senza specificarne le caratteristiche, in violazione del principio di precisione. Stessa censura è stata mossa alla formulazione della fattispecie, ed in particolare alla locuzione "per la prevenzione ed il contrasto di minacce alla sicurezza nazionale, le istituzioni statali (...) possono avere accesso, (...) ai dati conservati presso i fornitori di servizi (...)". La norma, infatti, da un lato portava a ritenere che i dati potessero essere messi a disposizione di qualsiasi autorità e non in via esclusiva alle istituzioni deputate alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico e, dall'altro lato, non definendo in modo tassativo quali fossero le "minacce alla sicurezza nazionale", accresceva il rischio di azioni di controllo *routinarie* ed arbitrarie nei confronti di qualsiasi utente, indipendentemente dal fatto che avesse commesso reati o che fosse sottoposto ad indagine. Così facendo si sarebbe prodotto un rovesciamento della presunzione di innocenza.

La legge del 2008, autorizzando la conservazione dei dati per un semestre e rendendo questi ultimi utilizzabili con decreto postumo del giudice, avrebbe dunque trasformato l'eccezione in regola illegittima, perché la «limitazione continuativa dei diritti fondamentali alla riservatezza ed alla segretezza della corrispondenza comporta un'intrusione non proporzionata nella sfera esclusiva di pertinenza della persona»<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Vedi R. FLOR, *Data retention e limiti al potere coercitivo dello Stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1957.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 1958.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 1961.



Entrambe le Corti sono partite dal presupposto della utilità, ai fini di prevenzione di attentati terroristici, del monitoraggio segreto della rete e dell'accesso segreto ai sistemi informatici. Entrambe hanno però messo in luce come dei limiti a tali attività, posti in modo chiaro e preciso dal legislatore, siano imprescindibili, affinché la natura emergenziale del fenomeno non renda tale anche le misure di contrasto<sup>137</sup>. Quest'ultimo sarà dunque chiamato ad adottare delle regole rispettose di elevati *standard* di determinatezza e trasparenza, che definiscano in modo stringente i presupposti per la compressione dei diritti fondamentali, il cui rispetto, nei termini di necessità e proporzionalità in concreto, deve essere rimesso al controllo di un organismo indipendente<sup>138</sup>.

Nell'ordinamento italiano non si è ancora affrontata una questione di costituzionalità in relazione alle nuove fattispecie penali introdotte dalla novella del 2005. La giurisprudenza di legittimità è comunque intervenuta più volte al fine di ancorarne l'interpretazione ai principi di determinatezza e soprattutto di offensività, attraverso argomentazioni basate sulla idoneità della condotta al raggiungimento dello scopo oggetto del dolo specifico, affinché esso non si risolva in un mero elemento volitivo<sup>139</sup>.

Quando si richiama la "legislazione di emergenza" nel campo del diritto penale, infatti, non si fa riferimento ad un *quid* che temporaneamente si sostituisce alla disciplina ordinaria, bensì a fattispecie che vengono inserite stabilmente nell'ordinamento. L'eccezionalità della situazione in cui esse vengono adottate, tuttavia, può incidere sulla loro formulazione, sulla loro collocazione, sulla sistematica dei reati in un certo settore<sup>140</sup>, ed è proprio in relazione a tali "difetti" di tecnica normativa che la Corte di Cassazione ha assunto un ruolo fondamentale.

<sup>137</sup> Vedi ampiamente, U. SIEBER-P. BRUNST, *Cyberterrorism and Other Use of the Internet for Terrorist Purposes – Threat Analysis and Evaluation of International Convention*, Council of Europe Publishing, 2007, pp. 9 ss.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 1965.

<sup>139</sup> Vedi Cass., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 897 ss., con nota di A. VALSECCHI, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*, loc. cit., pp. 903 ss. Vedi inoltre F. PICCICHÈ, *Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 1002 ss.

<sup>140</sup> Basti pensare, ad esempio, alla introduzione con la legge n. 356/92 dell'art. 416-ter c.p. in materia di scambio elettorale politico-mafioso, che ha dimostrato la sua valenza meramente simbolica, dato che il procacciamento di voti da parte di un sodalizio criminale può essere effettuato anche senza la connivenza del candidato e, soprattutto, che tale attività viene in genere effettuata per ottenere in cambio favori di natura politica e non semplici somme di denaro. La fattispecie ha inoltre presentato alcune difetti di coordinamento con la disciplina dei reati elettorali di cui al T.U. 361/1957 ed al d.P.R. 750/1960. Vedi,

La via seguita dalla Corte per rimediare al difetto di tassatività dell'art. 270-*sexies* c.p. è stata quella di interpretarlo alla luce delle fonti sovranazionali vincolanti per l'Italia, ed in particolare alla definizione di terrorismo delineata nella decisione quadro 2002/475/GAI e nella Convenzione ONU contro il finanziamento al terrorismo del 1999<sup>141</sup>.

Tale strada era già stata seguita nella sentenza *Bouyahia* del 2006 che aveva analizzato tali due strumenti internazionali, giudicandoli complementari e non reciprocamente escludentisi, posto che il secondo, applicabile anche in contesti bellici, va a colmare la lacuna lasciata sul punto dal primo<sup>142</sup>. Un tale allineamento interpretativo permette, infatti, di richiamare le condotte base lì enucleate, accomunate tutte dal fatto di ledere o mettere in pericolo beni di rango primario, recuperando in tal modo un grado sufficiente di precisione, idoneo ad agevolare l'accertamento della idoneità dell'atto al conseguimento di uno dei tre scopi indicati nel dolo specifico<sup>143</sup>.

---

per un approfondimento in relazione ai “difetti tecnici” dovuti all'emergenza, M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, pp. 878 ss. Più di recente ed ampliamente G. FORNASARI-S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 105 ss. Per il ruolo di concretizzazione dei principi generali in relazione a “casi tipologici” della Corte di Cassazione vedi G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1735 ss.

<sup>141</sup> Per una disamina generale circa la definizione di terrorismo a livello internazionale ed un confronto tra la decisione quadro dell'Unione europea e la Convenzione ONU vedi A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, op.cit., pp. 1127 ss.

<sup>142</sup> Cass., 11 ottobre 2006, *Bouyahia*, in *Guida al dir.*, 2007, pp. 90 ss. «La formula definitoria tracciata dalla Decisione quadro del 2002 si differenzia da quella della Convenzione ONU del 1999, della quale pure ricalca in gran parte le linee, per i due seguenti aspetti. Per un verso, l'area applicativa dei reati terroristici risulta più limitata, riguardando soltanto fatti commessi in tempo di pace, come risulta esplicitamente dall'undicesimo “considerando” introduttivo che esclude dalla disciplina “le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato”, secondo le definizioni date a questi termini dal diritto internazionale umanitario: ditalché la definizione in esame fa salve le attività poste in essere in tempo di guerra, regolate dal diritto internazionale umanitario e, in primo luogo, dalle Convenzioni di Ginevra e dai relativi Protocolli addizionali. Per altro verso, la Decisione quadro ha ampliato la nozione delle attività terroristiche prevedendo che queste siano connotate anche dalla finalità eversiva, vale a dire dallo scopo di “destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale”, assente nel testo della Convenzione del 1999».

<sup>143</sup> Tale ricostruzione si deve a A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270-*sexies* c.p. (prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation Front)*, nota a Tribunale di Firenze (Uff. GIP), ord. 9 gennaio 2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Il fatto riguardava l'incendio doloso di otto furgoni di un caseificio, poi propagatosi alla vicina azienda, commesso da un animalista estremista dell'*Animal Liberation Front*, per la lotta contro lo sfruttamento a fini commerciali degli animali. L'ordinanza cautelare era stata emessa in relazione al contestato art. 280 c.p. ma il GIP aveva motivato anche in relazione alla possibile applicazione dell'aggravante della finalità terroristica di cui alla legge 15/80. L'Autore mette in luce come il giudice abbia errato nel ritenere sufficiente, per l'accertamento del perseguimento del fine di “distruggere le strutture economiche del paese”, il richiamo al fine statutario della associazione di cui l'indagato era parte, cedendo alla tentazione

Dopo avere verificato in concreto l'assenza di un grado sufficiente di offensività della condotta base, in relazione alla sua idoneità in concreto a raggiungere uno degli scopi alternativi di cui all'art. 270-*sexies* c.p., procedere alla prova del dolo specifico si rivelerebbe inutile. Si eviterebbe in tal modo di cadere nella tentazione di considerare quest'ultimo un elemento meramente soggettivo, ancorato alla sola volontà di scopo<sup>144</sup>. Una lettura in chiave "restrittivo-oggettivizzante" del dolo si riscontra anche nella prima sentenza di legittimità relativa all'interpretazione dell'art. 270-*quinquies* c.p.<sup>145</sup>, con cui esso viene qualificato come reato di pericolo concreto a doppio dolo specifico. Affermando che le condotte descritte in fattispecie, per assumere penale rilevanza, devono essere orientate verso atti di violenza o di sabotaggio dei servizi pubblici essenziali, quali elementi costitutivi del primo dolo specifico, la Corte prende le distanze da quella dottrina che aveva considerato tali due elementi come «note modali della condotta»<sup>146</sup>.

Essa procede poi con l'esegesi delle due condotte indicate dalla norma. In relazione all'addestramento i giudici precisano che è necessario un contatto diretto, stabile e prolungato tra addestratore ed addestrato, «secondo i caratteri tipici dell'attività militare o paramilitare; addestrare è, dunque, rendere abile alle attività oggetto dell'addestramento, così da rendere punibile, allorché l'addestramento si sia compiuto e la "recluta" sia divenuta un vero e proprio "addestrato", anche quest'ultimo»; in caso contrario, la distanza tra offensività della condotta rispetto al fine del primo dolo specifico «renderebbe inipotizzabile, non soltanto l'elemento psicologico ma anche la condotta tipica descritta dall'art. 270-*quinquies*»<sup>147</sup>.

In relazione al "fornire informazioni" si precisa che il contatto diretto non è necessario, potendosi operare anche con l'ausilio di mezzi informatici idonei a fare circolare le istruzioni ad un numero indeterminato di persone, senza poterne verificare l'efficacia in termini di "apprendimento" per il recettore (motivo per cui egli è escluso dai soggetti

---

di considerare «il requisito del dolo specifico un elemento puramente soggettivo, così rinunciando ad interrogarsi sull'effettiva capacità della condotta al raggiungimento dello scopo» (p. 9).

<sup>144</sup> Vedi M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, pp. 99 ss., in R. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>145</sup> Cass., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, vedi *supra*, nota 139. La Suprema Corte estende la qualificazione di fattispecie a doppio dolo specifico anche alla struttura dell'art. 270-*quater* c.p.

<sup>146</sup> S. REITANO, *Riflessioni a margine delle nuove fattispecie di terrorismo*, op.cit., p. 247.

<sup>147</sup> Cass., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, cit.

attivi). Ciò che deve sempre accertarsi è però l'idoneità della condotta a rendere realizzabili atti di sabotaggio e di violenza.

Nei reati a consumazione anticipata, la cui offensività è costruita sulla formulazione del dolo specifico, è imprescindibile la sussistenza di atti idonei a raggiungere lo scopo che il soggetto agente si rappresenta. Dando infatti un rilievo eccessivo all'elemento "volontà di scopo", non si farebbe altro che costruire «una figura di reato contrassegnata da una sorta di "pericolo del pericolo" che, per ciò solo, non può essere verificato se non utilizzando criteri di inferenza palesemente arbitrari»<sup>148</sup>.

In tale *decisum* viene inoltre fortemente criticata la posizione del Tribunale di merito che aveva qualificato l'art. 270-*quinquies* c.p. come reato di pericolo presunto a dolo generico, non potendosi trovare elementi di supporto a tale tesi né nella lettera della norma, né sul piano del rispetto del principio di offensività. Così ragionando si sarebbe infatti giunti, per richiamare le parole della Corte, alla "inquietante" conclusione di poter considerare integrata la fattispecie già con l'opera di mera propaganda e proselitismo<sup>149</sup>.

Il doppio dolo specifico porterebbe dunque con sé il vantaggio di pretendere che la condotta sia idonea, secondo una valutazione *ex ante* ed in concreto, a realizzare le due finalità della norma.

Simili considerazioni hanno toccato anche la disciplina dell'art. 270-*bis* c.p., in riferimento al quale, in dottrina si è denunciata la degradazione in norma penale in

---

<sup>148</sup> *Ibidem*. La Corte Suprema formula poi il principio di diritto da applicarsi al caso di specie: «La necessità di una severa tipizzazione dei singoli momenti strumentali che definiscono la condotta impone, quindi, un'altrettanto severa diagnosi sulla possibilità che quelle condotte descritte nell'art. 210 *quinquies* possano effettivamente realizzarsi non secondo modelli puramente didascalici (pur - almeno di norma - indispensabili nella struttura della fattispecie) ma concretamente idonei, nella loro intrinseca consistenza (da valutare *ex ante*, ma sulla base di elementi di fatto: spaziali, temporali, personali, etc), da divenire verificabili dal giudice di merito nella loro proiezione verso il risultato rappresentato e voluto».

<sup>149</sup> Preme però ricordare che la sezione I della Corte di Cassazione, nella sentenza 38220/2011, aveva assunto proprio una posizione conforme a quella del giudice di merito, secondo cui l'elemento soggettivo dell'art. 270-*quinquies* c.p. si sarebbe risolto in un semplice dolo generico. Vedi, per un commento critico F. PICCICHÈ, *Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale: due sentenze a confronto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 settembre 2012. Se mancasse, infatti, una delle due finalità previste in fattispecie, la condotta dovrebbe essere sussunta nella previsione sussidiaria dell'art. 2-*bis* della legge 895/67, "Disposizioni sul controllo delle armi", che punisce "Chiunque fuori dei casi consentiti da disposizioni di legge o di regolamento addestra taluno o fornisce istruzioni in qualsiasi forma, anche anonima, o per via telematica sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da guerra, di aggressivi chimici o di sostanze batteriologiche nocive o pericolose e di altri congegni micidiali è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a sei anni".

bianco<sup>150</sup>, in riferimento alla prassi processuale di aggirare l'onere probatorio relativo allo "specifico programma criminoso", attraverso l'utilizzo di automatismi. Tra di essi si annoverano l'utilizzo di elenchi di formazioni terroristiche stilati da singoli Stati o da organizzazioni internazionali, tra cui il Consiglio di Europa, quale prova della finalità di un gruppo<sup>151</sup>.

La pericolosità insita in un tale modo di procedere è stata percepita anche dalla Cassazione che ha escluso l'utilizzabilità delle *black-lists* come prova di dette finalità<sup>152</sup>, potendo essa operare solo come elemento esterno di riscontro, e quindi *ad adiuvandum*, rispetto ad un compendio probatorio che accerti non solo la condivisione di una ideologia criminosa, ma anche il concreto passaggio all'azione dei membri del sodalizio. Ragionando a *contrariis*, infatti, si delegherebbe all'esecutivo – non solo a quello nazionale, ma anche a quello dello Stato che ha proposto al Comitato (istituito con la risoluzione 1267/1999 del Consiglio di sicurezza) l'inserimento dell'organizzazione criminosa nell'elenco – l'accertamento del fatto storico di reato<sup>153</sup>.

Le liste, assumendo una rilevanza meramente amministrativa, sarebbero dunque insufficienti a provare l'oggetto del dolo specifico, poiché la prova della finalità di terrorismo deve formarsi necessariamente «secondo le regole di utilizzabilità e

<sup>150</sup> Vedi G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen e proc.*, 2004, pp. 1325 ss.

<sup>151</sup> Cfr. Cass., sez. II, 9 febbraio 2005, n. 10450, ove si afferma che nel valutare la condotta degli aderenti al gruppo salafita per la predicazione e il combattimento il giudice «era chiamato a valorizzare non soltanto fatti notori ma quanto emergeva da alcuni significativi documenti (...), quali in particolare le sentenze e i provvedimenti adottati da organizzazioni internazionali».

<sup>152</sup> Cfr. Cass., 30 settembre 2005, *Drissi Nourredine*, in *Dir. Giust.*, 2005, pp. 78 ss. Secondo la Cassazione, l'inserimento dell'organizzazione *Ansar Al-Islam* (di cui faceva parte l'imputato) nelle liste del Comitato del Consiglio di Sicurezza, anche se non costituisce prova della sua natura terroristica, può essere acquisito come «base di indagine circa i fini perseguiti dall'organizzazione, in quanto è prova del fatto storico che un'organizzazione internazionale (...) ha adottato misure restrittive». Vedi I. INGRAVALLO, *Il valore processuale delle black lists nella giurisprudenza italiana, con particolare riferimento al caso Naureddine*, pp. 127 ss., ed in particolare 136-141, in P. GARGIULO-M.C. VITUCCI, *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, ESI, Napoli, 2009. Per un approfondimento vedi P. MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 687 ss.

<sup>153</sup> Vedi F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3962. In giurisprudenza vedi Cass., sez. I, 15 giugno 2006, n. 30824: «il giudizio sulle caratteristiche e finalità di una organizzazione non può essere affidato a liste di formazioni ritenute terroristiche, (...) posto che ciò introdurrebbe nel sistema una sorta di anomala "prova legale"». La Cassazione aggiunge poi che tale automatismo trasformerebbe l'art. 270-bis c.p. in una «norma penale in bianco, con evidente violazione dei principi di legalità e di separazione dei poteri». Il rischio era già stato segnalato da A. GAMBERINI, *Gli strumenti penali di contrasto al terrorismo internazionale: alcuni interrogativi sulla tecnica e sull'oggetto di tutela della nuova fattispecie di cui all'art. 270-bis c.p.*, in *Crit. dir.*, 2004, pp. 75 ss.

valutazione probatoria prescritte dalla legge processuale»<sup>154</sup>. Fare filtrare nel processo una siffatta “prova legale”, pur in mancanza del requisito dell’attualità del programma criminoso, anche sotto forma di creazione di una struttura idonea alla sua concreta messa in opera<sup>155</sup>, porrebbe il rischio di anticipare eccessivamente la soglia di punibilità, eludendo il problema della carenza di offensività di atti meramente preparatori<sup>156</sup>.

Così ragionando la Cassazione dimostra di essere in grado di correggere i difetti di tassatività della legislazione di emergenza, fornendo all’interprete una norma dotata delle caratteristiche richieste dal principio di legalità per la formulazione di fattispecie incriminatrici<sup>157</sup>.

In relazione ai reati di pericolo presunto, dunque, al giudice delle leggi spetta il compito di «vigilare sulla ragionevolezza della presunzione di pericolosità operata dal legislatore e sulla sufficiente precisione della norma che ne fissa il contenuto», ma al giudice di merito spetta sempre verificare se quella presunzione «risulti confermata dalle concrete circostanze di fatto in cui il comportamento materiale oggetto di giudizio si è manifestato»<sup>158</sup>. Il ruolo della Corte di Cassazione si colloca dunque in posizione mediana, poiché ad essa spetta di enucleare dei principi guida a cui quest’ultimo può

<sup>154</sup> Cfr. Cass., 11 ottobre 2006, *Bouyahia*. Vedi, per un commento sul punto E. ROSI, *Terrorismo internazionale: anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 446 ss.

<sup>155</sup> A favore della necessità di una struttura che renda quantomeno possibile l’esecuzione del programma criminoso si pongono: Cass., sez. VI, n. 46308, 12 luglio 2012, in *Guida al dir.*, 2013, pp. 66 ss.; Cass., sez. VI, n. 33425, 26 maggio 2009, in *Guida al dir.* 2009, pp. 79 ss.; Cass., sez. VI, n. 25863, 8 maggio 2009, in *CED Cass.*, 2009, che precisa che per la configurabilità del reato di cui all’art. 270-bis c.p. «occorre l’esistenza di un programma, attuale e concreto, di atti di violenza a fini di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico, sia di una struttura stabile e permanente che, per quanto rudimentale, presenti un grado di effettività tale da rendere possibile l’attuazione del programma». Vedi anche il commento di S. CORBETTA, *Idoneità dell’associazione con finalità di terrorismo internazionale a raggiungere lo scopo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1234 ss.

<sup>156</sup> Vedi, per una disamina approfondita del reato di cui all’art. 270-bis c.p., F. VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, pp. 125 ss. in C. DE MAGLIE-S. SEMINARA, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007. Vedi altresì, in relazione all’esperienza giudiziaria maturata in materia di terrorismo A. SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria*, op.cit., pp. 163 ss.

<sup>157</sup> Di tale avviso F. VIGANÒ, *Oltre l’art. 416-bis: qualche riflessione sulla associazione con finalità di terrorismo*, p. 180, in G. FIANDACA-C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia: orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010. L’Autore, in relazione all’art. 270-bis c.p., riconosce valide le censure che attengono al principio di sufficiente precisione, di materialità ed offensività della norma incriminatrice. Tuttavia, sulla scorta della asserita indispensabilità dei reati associativi, egli afferma: «Io credo, tuttavia, che queste frizioni possano e debbano essere superate essenzialmente nel momento dell’interpretazione e dell’applicazione delle norme al caso concreto, attraverso un uso dei principi costituzionali in parola come altrettanti imprescindibili *canoni ermeneutici* a disposizione del giudice ordinario per *restringere* convenientemente l’area della rilevanza penale» (corsivo dell’Autore).

<sup>158</sup> Vedi M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, pp. 1415 ss., ed in particolare p. 1434, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2009.

attingere per accertare che il fatto non solo sia conforme al tipo, ma anche sostanzialmente offensivo.

La necessità di regolamentare i poteri di emergenza non è però un *quid* prettamente nazionale ma, al contrario, è un'esigenza sentita dalla stessa Comunità internazionale, tanto che la cooperazione tra questa ed i singoli Stati risulta oggi ineludibile<sup>159</sup>, soprattutto in relazione a forme particolarmente gravi di criminalità. Il monitoraggio delle Corti dei singoli Stati, infatti, non è sempre sufficiente per evitare abusi legati all'utilizzo illegittimo dei poteri straordinari, motivo per cui a livello internazionale si è operato al fine di individuare dei limiti validi a garantire protezione ai diritti umani, anche in situazioni di "crisi".

## 2. Lo stato di eccezione relativo nel panorama internazionale: ragion pura

Proprio come dimostrato nella prevenzione e nella lotta al terrorismo, l'elemento chiave del regime straordinario è (o dovrebbe essere) la sua temporaneità, requisito imprescindibile per giustificare ingerenze nei diritti fondamentali, anche sproporzionate rispetto a quelle ammissibili in "tempo di pace". Anche se le situazioni di emergenza dovrebbero definirsi come elementi di passaggio tra situazioni di pre e post normalità, guardando alla realtà di molti Stati si nota, tuttavia, come sia difficile individuare una cesura netta tra regime ordinario e regime eccezionale, tanto che si fa sempre più concreto il pericolo di "normalizzare l'eccezione"<sup>160</sup>.

Gli sforzi dovrebbero dunque concentrarsi nel definire quale sia l'emergenza che legittima l'eccezione, prima ancora di individuare la regola da preservare. A tal fine sembra utile dare uno sguardo alle previsioni delle c.d. "clausole d'eccezione" previste in alcuni strumenti internazionali, quali l'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), l'art. 4 dei Patti internazionali per i diritti civili e politici (PIDCP) e

<sup>159</sup> Le minacce alla sicurezza non hanno più una dimensione solo nazionale ma sono strettamente intrecciate alla sfera internazionale, tanto che, per fare riferimento alla vasta gamma di questioni che richiedono una cooperazione sinergica tra le due sfere, è stato coniato il termine di "*intermestic affairs*". Cfr. B. MANNING, *The Congress, The Executive and Intermestic Affairs: Three Proposals*, in *Foreign Aff.*, 1977, pp. 306 ss.

<sup>160</sup> Per avere un'idea della situazione internazionale basti fare riferimento alla lista di Stati che hanno aderito con riserva ai PIDCP, facendo leva sulla clausola dell'art. 4. Lista reperibile on line: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV4&chapter=4&lang=en). Lo Stato di Israele ha aderito ai patti nel 1992, avvalendosi immediatamente dell'art. 4 per sospendere le previsioni dell'art. 9 PIDCP, relativo al divieto di arresto e detenzione arbitraria, in ragione della emergenza terroristica. Tale deroga, dopo 14 anni, è ancora in vigore.

l'art. 27 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo (CADU), che forniscono un valido esempio di stato di eccezione relativo.

Il fatto emergenziale, infatti, viene mantenuto all'interno dell'ordinamento giuridico attraverso un duplice sistema, basato su obblighi di proclamazione<sup>161</sup> e di comunicazione che gravano sugli Stati e sul monitoraggio delle Corti<sup>162</sup>.

Si noterà sin da subito, tuttavia, che le formule utilizzate sono pressoché vaghe, amorphe e volutamente iperinclusive, dato che non sembra possibile e neppure ragionevole prevedere *ex ante* un catalogo di avvenimenti che rendono lecito l'esercizio di poteri straordinari. Ogni accadimento dovrà dunque venire valutato caso per caso, in relazione alle circostanze di tempo e luogo in cui si sviluppa, alla sua intensità, nonché all'impatto sulla sicurezza dello Stato e della sua collettività.

Ad integrazione di tale quadro normativo hanno un ruolo importante, anche a fini definitivi, due ulteriori strumenti internazionali, quali i “*Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*”<sup>163</sup> – in particolare sez. A, par. 1, lett. (a) e (b)<sup>164</sup> – ed i “*Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in*

<sup>161</sup> Con tale concetto si fa riferimento alla necessaria proclamazione dello stato di emergenza attraverso un “atto ufficiale” dello Stato, non direttamente individuato all'interno delle Convenzioni, poiché la sua natura dipende dalle previsioni del diritto nazionale. L'art. 4 PIDCP prevede tale requisito in modo espresso mentre CEDU e CADU, pur non richiamandolo, lo considerano implicito. Questo perché a livello internazionale l'unico stato di eccezione lecito è quello “formale”. La Commissione europea, nel caso *Cyprus v. Turkey* ha statuito che l'art. 15 «requires some formal and public act of derogation, such as declaration of martial law or state of emergency (...). Where no such act has been proclaimed (...) art. 15 cannot apply» (p. 556, Application n. 6780/74 e 6950/75, 26 maggio 1976). La Commissione istituita dalla CADU, nel caso *Nicaragua-Miskitos*, ha dichiarato opportuno che la proclamazione avvenga secondo le regole di diritto interno, alla luce del diritto dei cittadini ad essere informati e della preoccupazione di evitare “un'atmosfera di terrore” sul piano nazionale (*Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan population of Miskito Origin*, 29 novembre 1983).

<sup>162</sup> Per un quadro completo ed approfondito vedi UNITED NATIONS, OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS-INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (eds.), *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nation, New York, 2003, pp. 811 ss.

<sup>163</sup> In tale strumento internazionale vengono anche enucleati 16 diritti fondamentali, dichiarati inderogabili anche in casi di emergenza. Essi sono: il diritto alla personalità (tutti devono godere del diritto di essere riconosciuti come persone davanti alla legge), la libertà dalla schiavitù, la libertà da discriminazioni, il diritto alla vita, il diritto alla libertà, la libertà dalla tortura, il diritto al giusto processo, la libertà di pensiero, espressione e religione, il diritto a non essere detenuti per inadempimento delle obbligazioni contrattuali, il diritto delle minoranze al rispetto delle proprie tradizioni, il diritto alla vita familiare, il diritto al nome, i diritti dei bambini, il diritto alla nazionalità, il diritto all'elettorato attivo e passivo. Vedi più ampiamente S.R. CHOWDHURY, *Rule of Law in a State of Emergency*, Pinter, London, 1989, pp. 143 ss.

<sup>164</sup> Vedi sez. A, par. 1, lett. (a) e (b) dei *Paris Minimum Standards*, formulati nel 1985 dalla *International Law Association*, in *79 Am. J. Int'l L.*, 1985, p. 1072, reperibili altresì on-line: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/ParisMinimumStandards.pdf>.



*the International Covenant of Civil and Political Rights*” – principi 39, 40, 41<sup>165</sup> –, entrambi strutturati in modo molto simile alle Convenzioni sopra citate e finalizzati a fornire delle *guide-lines* (non vincolanti) in tutti i casi in cui uno Stato si trovi costretto a far uso delle clausole d’eccezione, al fine di creare un più ampio e delineato paradigma di controllo dell’emergenza per un rapido ripristino dei diritti sottoponibili a deroga.

In ordine ai presupposti oggettivi dello stato di emergenza, il par. 1 dell’art. 15 CEDU fa riferimento a “guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” quali elementi fattuali che legittimano l’azionabilità della clausola di deroga ai diritti umani; l’art. 4 PIDCP fa riferimento ad un “pericolo pubblico eccezionale che minacci l’esistenza della nazione”; mentre l’art. 27 CADU adotta una formula ancora più ampia che permette deroghe alle previsioni della Convenzione “in caso di guerra, pericolo pubblico o altra emergenza che minaccia l’indipendenza o la sicurezza di uno Stato Parte”. Gli ultimi due, inoltre, pur utilizzando clausole elastiche ed aperte, precisano espressamente che nessuna misura adottata alla luce dell’emergenza può comportare discriminazioni basate su razza, colore, sesso, lingua, religione o origine sociale, inciso che manca nella lettera dell’art. 15 CEDU.

Accanto alla definizione dei presupposti che legittimano la sospensione dei diritti umani, nei tre articoli in commento vengono inoltre enucleati alcuni *core rights* considerati inderogabili, quali espressione di un’eccezione all’eccezione dettata dall’emergenza. Tra quelli comuni si annoverano il diritto alla vita, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il divieto di riduzione in schiavitù ed il principio del “*nulla poena sine lege*”. Essi rappresentano il nucleo minimo di diritti non sospensibili previsti nella CEDU<sup>166</sup>, ma sia i PIDCP, sia la CADU prevedono un catalogo ben più ampio<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Vedi principi 39, 40 e 41 dei *Siracusa Principles*, formulati da un gruppo di 31 esperti di diritto internazionale nel 1984, in *Hum. Rts. Q.*, 1985, pp. 7-8; reperibili altresì on-line: <http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/siracusa.html>.

<sup>166</sup> Essi vanno però integrati con il divieto di condannare taluno alla pena di morte previsto dai Protocolli n.6 e 13 della CEDU e con il divieto di *ne bis in idem* ed il diritto alla revisione della sentenza di condanna previsti dal Protocollo n. 7. La lista di tutti i 16 Protocolli fino ad ora aperti alla firma è reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa.

<sup>167</sup> Il par. 2 dell’art. 15 CEDU precisa che in caso di emergenza non sono suscettibili di deroga: il diritto alla vita, salvo in caso di atti legittimi di guerra (art. 2); il divieto di tortura e pene/trattamenti inumani e degradanti (art. 3); il divieto di riduzione in schiavitù/servitù (art. 4, par. 1); la riserva di legge (art. 7, rubricato *nulla poena sine lege*). Il PIDCP prevede inoltre il divieto di essere detenuti per mancato assolvimento di obblighi contrattuali (art. 11), il diritto ad ottenere il riconoscimento della propria

Preme però sottolineare come il diritto ad un processo, quale strumento indispensabile per rendere tali diritti giustiziabili ed effettivi, è richiamato solo nell'ultima convenzione citata.

La scelta di non includerlo tra i diritti non sospensibili sembra non essere più tollerabile a fronte della sistematica delle garanzie imposte a livello internazionale. Nonostante la riconosciuta possibilità di derogare ad alcune libertà fondamentali, la discrezionalità degli Stati è comunque vincolata al rispetto dei principi di temporaneità, necessità, proporzionalità (oltre che non discriminazione, compatibilità con altre obbligazioni internazionali e diritto interno) e chi rende effettivi tali limiti e coerente il sistema di controllo, non può essere che un organismo giurisdizionale terzo ed imparziale<sup>168</sup>.

### 2.1. I presupposti del regime derogatorio nel quadro della CEDU

Alla luce della vaghezza dei termini richiamati per definire i presupposti necessari per azionare le clausole di deroga, la Commissione<sup>169</sup> e la Corte EDU, con decisioni emesse

---

personalità giuridica (art. 16) e le libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 18). La CADU annovera altresì la tutela della famiglia (art. 17), il diritto al nome (art. 18), i diritti del bambino (art. 19), il diritto alla nazionalità (art. 20), i diritti di partecipazione politica (art. 23) e precisa che neppure le garanzie giudiziarie indispensabili per la tutela di detti diritti sono passibili di sospensione per motivi di emergenza. Per un approfondimento ed un'analisi comparativa delle tre convenzioni vedi L. ZAGATO, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in [http://www.unive.it/media/allegato/dep/Ricerche/9\\_Zagato.pdf](http://www.unive.it/media/allegato/dep/Ricerche/9_Zagato.pdf). Vedi inoltre V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, op.cit., pp. 69 ss., che riporta anche un chiarimento sullo *standard* di tutela dei diritti umani in stati di emergenza interni, diversi dal conflitto armato (pp. 101 ss.). In tale contesto si richiama la *Declaration of Turku* che rende applicabile il diritto umanitario anche in tali frangenti e che, a livello internazionale, è stata giudicata utile soprattutto in relazione alla tendenza ad utilizzare strumenti tipici dei conflitti armati (seppur in tempo di pace) per il contrasto al terrorismo. Cfr. U.N. Doc E/CN.4/1995/116 e per un commento il *working paper* di M. SCHEININ, *Turku/Abo Declaration of Minimum Umanitarian Standards (1990)*, reperibile on-line: <http://www.ichrp.org>.

<sup>168</sup> Così anche C. GROSSMAN, *A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights*, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, 1986, pp. 49 ss. Vedi inoltre il par. 14 del *General Comment no. 29: States of Emergency (article 4)*, del 31 agosto 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 che precisa: "Article 2, paragraph 3, of the Covenant requires a State party to the Covenant to provide remedies for any violation of the provisions of the Covenant. This clause is not mentioned in the list of non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, but it constitutes a treaty obligation inherent in the Covenant as a whole. Even if a State party (...), may introduce adjustments to the practical functioning of its procedures governing judicial or other remedies, the State party must comply with the fundamental obligation, under article 2, paragraph 3, of the Covenant to provide a remedy that is effective".

<sup>169</sup> Preme precisare che prima dell'entrata in vigore del protocollo 11 CEDU – firmato a Strasburgo nel 1994 ed entrato in vigore dopo la ratifica di tutti gli Stati membri nel 1998 – il sistema di controllo sulla corretta applicazione della CEDU era demandato in via principale alla Commissione ed al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e solo in via sussidiaria ed eventuale alla Corte EDU. In tale ultimo caso si doveva richiedere la preventiva autorizzazione dello Stato interessato. Con il Protocollo 11, invece, viene riconosciuta la giurisdizione esclusiva della Corte, che può essere adita indifferentemente da Stati o individui. La Commissione è stata soppressa, mentre al Consiglio dei ministri sono state riconosciute funzioni di vigilanza in ordine alla implementazione delle decisioni della Corte a livello nazionale.

in relazione a stati di emergenza dichiarati da parte di alcuni Stati membri, forniscono alcune importanti linee-guida.

Nel caso *Lawless v. Irlanda* la Corte EDU ha precisato che per “altro pericolo pubblico” si deve intendere «*a situation of exceptional and imminent danger or crisis affecting the general public, as distinct from particular groups, and constituting a threat to the organized life of the community which composes the state in question*»<sup>170</sup>. Il riferimento alla popolazione nel suo complesso (*general public*) vale a definire l’entità e gravità del pericolo necessario per la deroga, ma non richiede che l’evento colpisca l’intero territorio nazionale. Esso potrebbe anche verificarsi in una zona limitata, ma dispiegare effetti sull’intera popolazione<sup>171</sup>.

La Commissione, nel *Greek case*, stabilisce inoltre le caratteristiche che il pericolo deve possedere, affinché si possa dichiarare lo stato d’emergenza: esso deve essere attuale o imminente, deve minacciare la regolare vita organizzata della comunità, deve produrre effetti idonei a ricadere sull’intera nazione e, da ultimo, deve avere una natura ed una intensità tali da non poter essere fronteggiato con le previsioni ordinarie della Convenzione<sup>172</sup>.

In relazione al requisito dell’imminenza si specifica che esso esclude proclamazioni di emergenze nazionali preventive e che deve essere inteso come “elevata probabilità di verificazione dell’evento”, valutata dalle autorità competenti sulla base di informazioni certe. La mera probabilità, oppure la semplice supposizione fondata su informazioni lacunose o incerte, non saranno quindi idonee a fondare la deroga.

Nella sentenza *A and Others v. United Kingdom* la Corte EDU ha infatti statuito che «*the requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it*», così come ribadito nella sez. 54 dei *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant of Civil and Political Rights*<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Par. 28 della decisione della Corte EDU, 1 luglio 1961 (*Application* n. 332/57), reperibile on-line sul sito ufficiale della Corte: <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>171</sup> Il “*principle of exceptional threat*” si trova anche nel c.d. “*Questiaux Report*” del 1982 (E/CN.4/Sub.2/1982/15), e nel “*Despouy Report*” del 1997 (E/CN.4/Sub.2/1991/28 Annex I), che prendono il nome dal *Special Rapporteur* nominato dalla Commissione per i diritti umani (*Sub-Commission on Prevention on Discrimination and Protection of Minorities*).

<sup>172</sup> Cfr. EComHR, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, 19 novembre 1969 (Appl. N. 3321-3323.67 e 3344/67), in *12 Y.B. of ECHR*, 1970, par. 152-153, pp. 71-72.

<sup>173</sup> Sez. 54 dei *Siracusa Principles*: “*The principle of strict necessity shall be applied in an objective manner. Each measure shall be directed to an actual, clear, present, or imminent danger and may not be*

In relazione alla valutazione circa l'esistenza dei presupposti per fare valere la clausola dell'art. 15 CEDU, la Corte EDU e la Commissione, pur aderendo alla dottrina del margine nazionale di apprezzamento, hanno assunto due posizioni parzialmente divergenti. Nel caso *Lawless* la Corte ha riconosciuto la competenza dello Stato circa la valutazione dell'esistenza di uno stato di emergenza, in quanto esso, trovandosi più vicino al pericolo, è anche in una posizione migliore per valutarne natura ed intensità. Nel *Greek case* la Commissione ha invece sostenuto che sullo Stato grava un onere di prova circa la presenza dei presupposti necessari per la deroga e che la fondatezza delle allegazioni deve essere valutata a livello sovranazionale. La lettura oggi dominante, e confermata nei casi *Ireland v. United Kingdom*<sup>174</sup> e *Branningan e McBride v. United Kingdom*<sup>175</sup> è la seconda: agli Stati spetta un margine di discrezionalità anche alla luce del ruolo sussidiario della Corte EDU, ma la decisione deve essere sottoposta ad un controllo giurisdizionale a posteriori circa il rispetto dei limiti previsti dall'art. 15 CEDU.

I precedenti richiamati acquisiscono rilevanza decisiva come criteri guida per l'individuazione dei presupposti per la dichiarazione di emergenza, tanto da venire richiamati anche nei due *reports* commissionati dall'ONU nella sezione dedicata al "principio di eccezionalità".

## 2.2. I limiti del regime derogatorio nel quadro internazionale

La *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and protection of Minorities* delle Nazioni Unite ha dimostrato di essere molto attenta al tema della protezione dei diritti umani negli stati di emergenza e, infatti, ha nominato degli *Special Rapporteurs* per condurre degli studi approfonditi su tale questione. Da queste iniziative sono derivati

---

*imposed merely because of an apprehension of potential danger.* Sulla stessa linea si pone anche il *Questiaux Report*, che afferma che la dichiarazione dello stato di emergenza deve essere sottoposta a limiti temporali anche per evitare che uno Stato lo invochi solo a fini preventivi, in assenza di una sua proclamazione formale, oppure per scopi diversi dal ritorno alla normalità (*Principle of provisional status*, sez. 55).

<sup>174</sup> ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, Appl. n. 5310/71, testo reperibile on-line: <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>175</sup> ECtHR, *Branningan and McBride v. United Kingdom*, 22 aprile 1993, Appl. n. 14553/89; 14554/89, reperibile on-line: [www. http://hudoc.echr.coe.int](http://www.http://hudoc.echr.coe.int).

due importanti documenti, il “*Questiaux Report*” del 1982 ed il “*Despouy Report*” del 1997<sup>176</sup>.

All'interno di essi sono confluite valide indicazioni circa le modalità di limitazione degli abusi collegati alle situazioni emergenziali<sup>177</sup>, un'analisi sulle possibili distorsioni che queste possono provocare in uno Stato di diritto e delle raccomandazioni per il loro monitoraggio sovranazionale.

I principi guida formulati sono otto:

a) Principio di legalità: implica, da una parte, la necessaria previsione di norme a livello nazionale che regolino la dichiarazione dello stato di emergenza e, dall'altra parte, l'introduzione di meccanismi (nazionali ed internazionali) per il controllo sulla loro osservanza;

b) Principio di proclamazione: requisito formale che impone agli Stati di dichiarare con un atto pubblico ed ufficiale l'intervenuto stato di emergenza nazionale, con la precisazione che se l'atto viene adottato dall'esecutivo, esso deve ottenere ratifica dal Parlamento o da altro organismo a ciò deputato, secondo le previsioni costituzionali. Così facendo si impedirebbe che le clausole di deroga dei Trattati vengano utilizzate per giustificare la violazione delle previsioni interne destinate alla regolare instaurazione dello stato di eccezione;

c) Principio di notificazione: rende effettivo l'obbligo di comunicazione agli altri Paesi parte del Trattato dell'intervenuta incapacità di fare fronte a certe obbligazioni ivi contenute. Essa deve indicare le previsioni oggetto di sospensione, il motivo ed eventuali proroghe del regime emergenziale<sup>178</sup>;

d) Principio di temporaneità: è ritenuto imprescindibile per evitare emergenze infinite e per ripristinare quanto prima il normale assetto costituzionale. A tal fine si ritiene opportuno istituire dei comitati di controllo che ogni tre mesi accertino il permanere dei

---

<sup>176</sup> “*Questiaux Report*”, 1982, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15; “*Despouy Report*”, 1997, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28 Annex I.

<sup>177</sup> *Despouy Report*, sez. 47: “*The pre-existence of norms that the rule of law itself provides (...) already gives us the definition of the legal nature of the legal nature of the states of emergency. It follows that regardless of any political or rather significance ascribed to the institution, the very fact that it is an extreme legal remedy means that it cannot lie outside the rules and principles of law*”.

<sup>178</sup> Secondo le raccomandazioni dei *Rapporteurs* la comunicazione dovrebbe contenere: la circostanza che giustifica la deroga, l'indicazione della zona interessata, il periodo massimo di durata, le misure che vengono autorizzate, le previsioni costituzionali ed internazionali che vengono incise attraverso l'instaurazione dello stato di emergenza. Il riferimento è alle procedure di notifica previste dall'art. 15, par. 3 CEDU, dall'art. 4, par 3 PIDCP e dall'art. 27, par. 3 CADU.

presupposti necessari e giudichino sulla fondatezza delle richieste di rinnovo del regime eccezionale;

e) Principio di eccezionalità: l'evento o la minaccia da fronteggiare deve essere eccezionale, attuale o quantomeno imminente e, se localizzata, deve permettere la sospensione di certi diritti solo in quella specifica area territoriale<sup>179</sup>;

f) Principio di proporzionalità: le misure adottate devono essere proporzionate alla natura ed intensità della minaccia o dell'evento e devono rappresentare una *extrema ratio*. La proporzionalità deve essere accertata in concreto, in relazione ai diritti fondamentali limitati dalla misura ed alla sua efficacia per raggiungere lo scopo, nonché in relazione alle giustificazioni, serie e rigorose, che ne dimostrano la necessità;

g) Principio di non discriminazione: lo stato di emergenza non deve rappresentare un *escamotage* per condurre una lotta politica o etnica;

h) Principio di compatibilità con le altre previsioni internazionali: il regime eccezionale non può essere utilizzato per pregiudicare diritti diversi rispetto a quelli oggetto di sospensione. Tale criterio è definito necessario per evitare che l'emergenza permetta di perpetuare regimi come quello dell'*apartheid* oppure occupazioni e colonizzazioni, poiché la sola giustificazione valida per ricorrere alle clausole di deroga è quella di proteggere la democrazia<sup>180</sup>.

In conclusione, entrambi i *Rapporteurs* concentrano l'attenzione sulla necessità di inserire tra i diritti fondamentali non sospendibili quello all'*habeas corpus*, giudicato imprescindibile per vigilare sulla non-sospendibilità degli altri *core rights*.

Nonostante il quadro sopra delineato offra un valido "meccanismo teorico" per l'instaurazione di uno stato di eccezione relativo, l'osservazione della prassi adottata dagli Stati, in ragione anche di opportunità politiche legate alla situazione contingente, ne ha messo in luce le debolezze.

### 3. Lo stato di eccezione relativo nel panorama internazionale: ragion pratica

Una sezione speciale dei due *report* sopra citati è stata dedicata alle principali anomalie ed irregolarità riscontrabili nella prassi, alla luce delle deviazioni dal modello teorico proposto, registrate attraverso l'osservazione di alcune realtà nazionali.

<sup>179</sup> Vedi *supra*, par. 2.1.

<sup>180</sup> Per un approfondimento sui principi dalla lettera a) alla lettera h) sopra riportati, vedi anche J. ORAÁ, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

Tali anomalie sono state diversamente classificate, a seconda delle caratteristiche assunte dallo stato di emergenza<sup>181</sup>. Così facendo si è giunti a distinguere tra “stati di emergenza non notificati”<sup>182</sup>, che impediscono il controllo internazionale sulle misure straordinarie adottate, e gli “stati di emergenza *de facto*”<sup>183</sup>, che si differenziano dai precedenti perché vengono prolungati anche dopo la comunicazione della loro cessazione.

Un'altra categoria è quella degli “stati di emergenza permanenti”<sup>184</sup> che si verificano quando, contestualmente alla dichiarazione, non si pone il limite di durata del regime eccezionale, oppure quando gli Stati lo estendono in modo sistematico trasformandolo in regola.

Quelli più difficili da analizzare sono invece gli “stati di emergenza complessi”<sup>185</sup>, connotati da un vasto numero di leggi di emergenza adottate in modo sistematico e stratificato, la cui complessità è ulteriormente accresciuta dalla emanazione di successive leggi che, pur condividendo la *ratio* di normalizzare la situazione nazionale, si trasformano nei fatti in norme retroattive o in regimi transitori. La logica sottesa sarebbe quella di predisporre un sistema legale sofisticato che permetta alle autorità, a seconda delle circostanze, di poter ricorrere sia alla legge ordinaria, sia a quella di emergenza.

L'ultima tipologia è stata definita “stato di emergenza istituzionalizzato” ed accostata ai termini “*authoritarian*”, “*restricted*” o “*gradual democracy*”.

Nei regimi eccezionali stratificati di cui questi ultimi due sono un esempio, la fase successiva è infatti quella di ristabilire la normalità dell'ordinamento, attraverso la

---

<sup>181</sup> Vedi pp. 18 ss. del *report* del 1997 e pp. 24 ss. del *report* del 1982.

<sup>182</sup> Viene riportato il caso dell'Uruguay, il cui governo militare, nel 1978, aveva semplicemente comunicato che lo Stato stava affrontando una “situazione eccezionale universalmente riconosciuta”. In particolare, il Comitato per i diritti umani (organismo di vigilanza sulla applicazione del PIDCP) nel caso *Landinelli Silva v. Uruguay*, ha statuito che il diritto a proclamare lo stato di emergenza, pur appartenendo alla sovranità statale, non può ridursi al richiamare delle situazioni eccezionali, senza indicazioni specifiche e dettagliate. In tali casi la previsione del par. 3 dell'art. 4 PIDCP non può ritenersi osservata e non si può procedere alla deroga di cui al par. 1.

<sup>183</sup> Tra il 1985 ed il 1997 almeno 20 paesi si trovavano in questa condizione. Tra di essi il Togo, le Filippine, Haiti, il Costa Rica, l'Uganda, lo Sri Lanka.

<sup>184</sup> Il richiamo è al Paraguay che è stato “governato dall'emergenza” a partire dal 1929, ininterrottamente dal 1954 al 1987. Un esempio simile viene offerto dalla Colombia, dove lo stato di emergenza è durato per 40 anni. Stessa cosa è stata riconosciuta per Cile ed Argentina in relazione alla dittatura militare.

<sup>185</sup> In tale categoria i *Rapporteurs* fanno rientrare la Turchia ed il Brasile, ma si potrebbe anche richiamare l'esperienza israeliana, vedi *infra*, cap. II, parte I.

creazione di un nuovo sistema giuridico da sottoporre all'approvazione dei cittadini, in genere attraverso un *referendum* costituzionale.

*Segue: Il ruolo del margine nazionale di apprezzamento: un legal grey hole?*

Il sistema della CEDU prevede che agli Stati membri venga riconosciuto un margine nazionale di apprezzamento<sup>186</sup> in ordine a limitazioni e restrizioni delle libertà fondamentali, lasciando alla Corte EDU un ruolo sussidiario. Esiste quindi uno spazio di interazione tra questi due livelli, basato sul presupposto per cui è lo Stato a trovarsi nella posizione migliore per valutare la situazione concreta e per stabilire quali misure si rendano necessarie.

Esso non può tuttavia agire secondo discrezionalità assoluta. Se è vero che gli è riconosciuta la facoltà di stabilire cosa costituisce pericolo per la sua integrità e per la sicurezza dei suoi cittadini, alla Corte EDU spetta comunque di evitare che tale libertà si trasformi in arbitrio, finalizzato ad aggirare gli obblighi convenzionali. Attraverso la “dottrina del margine nazionale di apprezzamento” si dovrebbe essere in grado di realizzare il miglior bilanciamento possibile tra protezione dei diritti fondamentali ed esigenze di sicurezza dello Stato, soprattutto di fronte alla minaccia terroristica.

Guardano all'utilizzo in concreto di tale criterio decisionale si possono però muovere alcune critiche. Nel caso *A. and Others v. United Kingdom*, la Grande Camera ribadì la necessità di riconoscere agli Stati un “*wide margin of appreciation*”<sup>187</sup>, quando sono chiamati a decidere se azionare la clausola di eccezione dell'art. 15 CEDU, pur restando nella competenza della Corte il compito di vigilare sul rispetto del requisito della proporzionalità<sup>188</sup>. Ma proprio su questo punto si riscontra la prima anomalia: la Corte,

---

<sup>186</sup> La teoria del margine nazionale di apprezzamento non è prevista in Convenzione ma è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Commissione e della Corte EDU ed ha visto le proprie origini proprio nell'interpretazione della clausola dell'art. 15. La Commissione, infatti, fa per la prima volta richiamo ad “un certo margine di apprezzamento” nel *Cyprus case* del 1958, mentre la Corte ne fa menzione nel caso *Lawless v. Irlanda* del 1960.

<sup>187</sup> Preme sottolineare come negli anni si sia passati da un “*certain measure of discretion*” (1958) ad un “*wide margin of appreciation*”, con la sentenza *Ireland v. United Kingdom* (1978). «*By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities*» (par. 78).

<sup>188</sup> Nel par. 173 la Corte precisa: «*It is for the Court to rule whether, inter alia, the States have gone beyond the “extent strictly required by the exigencies” of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision. In exercising this supervision, the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation and the*



nonostante le precedenti dichiarazioni di intenti<sup>189</sup>, mostra in tal modo di sentirsi dispensata dallo svolgere una reale e rigorosa analisi delle scelte fatte a livello nazionale, garantendo così una tutela a “geometria variabile dei diritti umani”<sup>190</sup>, che si affievolisce ancora di più se l’elemento di contesto è l’emergenza<sup>191</sup>.

Essa, infatti, riconosce il terrorismo come emergenza ma non definisce mai il fenomeno, creando così un concetto elastico ma vuoto, entro cui far confluire sia attacchi micidiali come quelli dell’11 settembre, sia attacchi meno devastanti che potrebbero rientrare in una tradizionale nozione di attività criminale<sup>192</sup>. La Corte sembra dunque porsi in una posizione di deferenza rispetto alle scelte nazionali, contribuendo così al perpetuarsi delle emergenze, poiché l’effetto dell’avvallare sempre le scelte degli Stati in ordine alla instaurazione dello stato di eccezione, porta questi ultimi a sovrastimare le esigenze legate alla sicurezza nazionale<sup>193</sup>.

La seconda anomalia da mettere in luce sta nel fatto che la giurisprudenza della Corte EDU non si è mai soffermata sul regime temporale dell’emergenza, non riconoscendo espressamente la temporaneità come elemento imprescindibile per evitare ingerenze illegittime nei diritti umani<sup>194</sup>, quando quest’ultima dovrebbe invece essere considerata

---

*circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation (Ireland v. the United Kingdom, cited above, § 207; Brannigan and McBride v. the United Kingdom, judgment of 26 May 1993, § 43, Series A no. 258; Aksoy, cited above, § 68)».*

<sup>189</sup> Vedi *supra*, par. 2.1.

<sup>190</sup> Vedi, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *23 Hum. Rts. Q.*, 2001, pp. 625 ss.; O. GROSS, “Once More unto the Breach”: *The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *23 Yale J. Int’l L.*, 1998, pp. 437 ss.; N. LAVENDER, *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *Eur. Hum. Rts. L. Rev.*, 1997, pp. 380 ss.

<sup>191</sup> Cfr. sul punto l’utilizzo del margine di apprezzamento da parte della Corte EDU in ipotesi di limitazione di diritti fondamentali al di fuori del quadro dell’emergenza in A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 350 ss., ed in particolare, pp. 367-374.

<sup>192</sup> Così A. GREENE, *Separating Normalcy from Emergency: the Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Ger. L. J.*, 2011, p. 1779. L’Autore sostiene tale posizione anche alla luce del fatto che dopo l’11 settembre solo il Regno Unito ha sentito la necessità di azionare il meccanismo di cui all’art.15 CEDU, mentre altri Stati, severamente colpiti da attacchi terroristici come ad esempio la Spagna dopo l’attacco del 2003, non ne hanno fatto uso. L’approccio adottato dalla Corte EDU attraverso il richiamo al margine nazionale di apprezzamento, secondo l’Autore, dovrebbe così farsi rientrare nel *Business as Usual Model* (cfr. *supra*, par. 1.1). In senso contrario O. Gross che fa rientrare il meccanismo della CEDU tra i *Models of Accomodation*, ed in particolare nell’*Interpretative Accomodation* (vedi *supra*, par. 1.1., nota 49).

<sup>193</sup> Così anche O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises*, op.cit., p. 273.

<sup>194</sup> Questo ragionamento è stato invece avanzato sia dal Tribunale costituzionale tedesco, sia dalla Corte costituzionale rumena in materia di *data retention*. Esse hanno affermato, infatti, che una limitazione continua dei diritti umani per ragioni di contrasto al terrorismo rende regola ciò che dovrebbe restare

come un elemento costitutivo del principio di proporzionalità<sup>195</sup>. Né la Commissione, né la Corte ad esempio hanno mai censurato l'operato del governo britannico nella lotta contro l'IRA, tollerando che in quei territori si stabilisse una emergenza complessa durata per decenni, senza mostrare il minimo sospetto circa la violazione dei limiti di deroga concessi dall'art. 15<sup>196</sup>.

La debolezza dei controlli sembra confermarsi anche in relazione ad altri precedenti, sviluppatisi sempre in relazione alla "emergenza terroristica". Anziché, infatti, concentrarsi sulla presenza dei requisiti sostanziali per la dichiarazione dello stato di emergenza, nel caso *Branningan and McBride v. UK*, la sola preoccupazione a livello europeo fu quella del rispetto del mero requisito formale della notifica di cui al par. 3 dell'art. 15. Infatti, nel precedente caso *Brogan*<sup>197</sup>, la Corte aveva censurato la deroga all'art. 5 CEDU in materia di limiti alla detenzione preventiva, giudicando illegittime le misure adottate in violazione dell'*habeas corpus* e del diritto ad essere tradotto prontamente di fronte ad un giudice, perché non era stata avviata la procedura di notifica. La reazione del regno Unito non fu però quella di modificare le previsioni nazionali, per renderle coerenti con le indicazioni ottenute, bensì quella di comunicare ufficialmente l'instaurazione dello stato di emergenza. Sebbene nelle more tra i due giudizi l'efferatezza o l'intensità del pericolo cagionato dall'IRA non si fosse modificato, la Corte EDU riconobbe la presenza di una "*public emergency*", dichiarando questa volta le misure adottate in materia di restrizioni alla libertà personale, conformi alla Convenzione.

Questo genere di precedenti potrebbe innescare una reazione a catena, soprattutto in relazione agli strumenti di contrasto al terrorismo internazionale, poiché potrebbe far

---

eccezione, tramutandosi così in una ingerenza sproporzionata dei poteri pubblici nella sfera personale dei cittadini. Vedi *supra*, par. 1.3, in particolare nota 133.

<sup>195</sup> Cfr. anche G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, p. 754, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>196</sup> Questa anomalia viene notata anche dalla Grande Camera, nella sentenza *A. and Others v. United Kingdom*, par. 178: «*While the United Nations Human Rights Committee has observed that measures derogating from the provisions of the ICCPR must be of "an exceptional and temporary nature", the Court's case-law has never, to date, explicitly incorporated the requirement that the emergency be temporary, although the question of the proportionality of the response may be linked to the duration of the emergency. Indeed, the cases cited above, relating to the security situation in Northern Ireland, demonstrate that it is possible for a "public emergency" within the meaning of Article 15 to continue for many years*». Vedi, in relazione alla sentenza *Branningan and McBride*, E. HUGHES, *Entrenched Emergencies and "the War on Terror": Time to Reform the derogation Procedure in international Law?*, in 20 *N.Y. Int'l L. Rev.*, 2007, pp. 10 ss.

<sup>197</sup> ECtHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, 28 ottobre 1988, Appl. n. 11209/84, reperibile on-line: <http://hudoc.echr.coe.int>.

passare il messaggio per cui la diminuzione degli *standard* di tutela per i diritti fondamentali sarebbe sempre lecita, anche se non temporanea, purché preceduta da una dichiarazione formale ai sensi del par. 3 dell'art. 15 CEDU<sup>198</sup>.

Proprio per questi motivi l'evoluzione del margine nazionale di apprezzamento nella prassi è stata definita da certa dottrina un "*legal grey hole*"<sup>199</sup>. Con tale termine si è voluto fare riferimento ad una situazione in cui le decisioni dell'esecutivo, pur limitando sensibilmente il godimento delle libertà fondamentali, sono coperte da un "velo di legittimità" riconosciuto grazie a procedure di revisione a livello nazionale o sovranazionale che, nei fatti, si dimostrano del tutto inefficienti<sup>200</sup>.

Partendo dal condivisibile presupposto per cui lo spazio di discrezionalità lasciato agli Stati sulla valutazione del fatto emergenziale e sulla sua imminenza è irrinunciabile, dato che le informazioni necessarie spesso derivano da attività di *intelligence* e dunque difficilmente potranno essere condivise con un organismo sovranazionale, si potrebbe introdurre un correttivo.

Esso potrebbe risolversi in un approccio simile a quello del Comitato per i diritti nazionali dell'ONU che, pur non avendo alcun potere di *law-enforcement*, impone agli Stati di allegare alle proprie notifiche, circa l'intervenuta instaurazione dello stato di emergenza, delle giustificazioni stringenti in relazione alla natura della minaccia, alle misure necessarie ad affrontarla ed al termine previsto per la cessazione della deroga agli obblighi convenzionali. Questo sistema, peraltro, non si differenzia molto dalla attività svolta dalla Commissione nel *Greek case* che, dovendo valutare delle reazioni straordinarie del governo militare, ha effettuato un controllo sui presupposti molto serrato e rigoroso, abbandonando la tendenza, di cui hanno goduto solo le democrazie, a riconoscere una presunzione di conformità delle misure eccezionali ai limiti della

---

<sup>198</sup> Vedi J.P. LOOF, *Crisis Situations, Counter-Terrorism and Derogations from the Europea Convention of Human Rights: a Threat Analysis*, pp. 45 ss., in A. BUYSE (eds.), *Margins of Conflict: the ECHR and Transition to and from Armed Conflict*, Intersentia, Antwerpen, 2011.

<sup>199</sup> Tale termine è stato coniato da D. DYZENHAUS, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, in *27 Car. L. Rev.*, 2006, p. 2018; ID., *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006, p. 42. Un "*grey hole*", secondo la sua argomentazione, non sarebbe altro che un "*black hole*" creato dalla legge attraverso alcune deviazioni dal sistema ordinario, proprio come accade in situazioni di emergenza. Tuttavia, il primo è molto più pericoloso del secondo, poiché non si pone in una zona extra-giuridica ma, al contrario, suggerisce di essere stato sottoposto ad adeguati controlli e revisioni, quando in realtà questi non esistono o comunque sono talmente superficiali da essere ritenuti inefficienti.

<sup>200</sup> Così afferma J.P. LOOF, op.cit., p. 52.

Convenzione<sup>201</sup> in forza della forma di governo dello Stato che decide di avvalersi della clausola d'eccezione.

Sarebbe inoltre opportuno che si procedesse a definire il concetto di “imminenza”, che rappresenta ancora oggi il punto critico del modello di controllo dell'emergenza, dato che la sua “fluidità” permette di arretrare le reazioni al punto da instaurare “regimi straordinari preventivi”.

Da ultimo la Corte dovrebbe impegnarsi nell'esercitare un controllo in concreto sulla proporzionalità delle deroghe introdotte dagli Stati. Tale valutazione dovrebbe svilupparsi su tre livelli decrescenti e complementari: il primo, sarebbe destinato ad accertare se la misura derogatoria introdotta rispetti i criteri di necessità ed *extrema ratio* rispetto allo scopo; il secondo, preso atto dell'osservanza dei due precedenti requisiti, dovrebbe valutarne la proporzionalità in relazione al tipo di diritto fondamentale su cui ricade; il terzo, dovrebbe integrare i due accertamenti già condotti rapportandoli alla durata della deroga (sia quella all'obbligo convenzionale, sia quella generale legata allo stato di emergenza), elemento con cui si indicizza l'invasività della misura rispetto al nucleo essenziale del diritto limitato<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises*, op.cit., pp. 285-286.

<sup>202</sup> Un accertamento simile si può riscontrare nel caso *Aksoy v. Turkey*, deciso dalla Corte EDU nel 1996. Il ricorrente aveva fatto valere la violazione degli art. 3 e 5 CEDU durante il periodo di emergenza dichiarata dalla Turchia. Egli, infatti, venne trattenuto per 14 giorni senza poter apparire di fronte ad un giudice e senza avere contatti con i suoi famigliari o con un avvocato. Durante quel periodo venne sottoposto a tecniche di tortura (con l'utilizzo della c.d. *Palestinian position*) che gli cagionarono una diminuita funzionalità degli arti inferiori. La Corte riconobbe la legittimità della deroga di cui all'art. 15, in relazione alle attività terroristiche del PKK, ribadì l'assolutezza del divieto di tortura (intesa come causazione deliberata di gravi sofferenze fisiche) e ritenne sproporzionata la deroga all'art. 5 CEDU. Neppure in emergenza, infatti, il prolungamento dei termini di detenzione preventiva (per di più in assenza della garanzia dell'*habeas corpus*) fino a 14 giorni poteva ritenersi proporzionato, vista anche la sua incidenza su un diritto particolarmente rilevante, quale appunto quello della libertà personale. La Corte, inoltre, ribadendo anche la giurisprudenza dei precedenti *Brogan e Branningan and McBride*, censurò l'ineffettività dei rimedi giurisdizionali a tutela di coloro che venivano sottoposti a detenzione preventiva, poiché sospettati di fare parte del PKK. Nonostante il pregio di tale pronuncia che, pur non sindacando in modo approfondito le valutazioni su cui sono state gettate le basi della dichiarazione di emergenza, si concentra su una valutazione in concreto della proporzionalità della misura in relazione al diritto fondamentale su cui ricadeva, al termine di deroga ed alla carenza di tutele effettive, essa omette di valutare due aspetti. Il primo è relativo alla “stretta necessità” di derogare ai termini dell'art. 5 CEDU, il secondo è quello relativo alla durata della situazione di emergenza *tout court* considerata. Se la Corte avesse ritenuto proporzionato un termine di detenzione preventiva di 12 giorni, anziché di 15, la misura sospensiva dell'art. 5 avrebbe potuto durare a tempo illimitato?. Vedi on-line: <http://hudoc.echr.coe.int>.

Tale tipo di controllo potrebbe dunque evitare che le pubbliche autorità utilizzino l'art. 15 CEDU per normalizzare l'emergenza e renderla parte ordinaria del proprio ordinamento<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Vedi anche E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti umani fondamentali: riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento"*, in *St. quest. crim.*, 2006, pp. 31 ss. ed in particolare pp. 52-53.



## CAPITOLO II

### QUANDO L'EMERGENZA CREA PATOLOGIE

#### *IL CONTRASTO AL TERRORISMO NELL'ESPERIENZA ISRAELIANA*

##### PARTE PRIMA: POTERI E LIMITI LEGATI ALLO STATO D'EMERGENZA

SOMMARIO: 1. *La trama composita dei poteri d'emergenza nello Stato di Israele; segue: I poteri di judicial review della Corte Suprema; 2. L'emergenza nel quadro costituzionale; 2.1. La dichiarazione dello stato di emergenza al vaglio della Corte Suprema; 2.2. La tutela "costituzionale" dei diritti e le sue anomalie; 3. L'emergenza tra administrative orders e mandatory rules: il ruolo del Governo ; 4. L'emergenza nel sistema normativo: il ruolo della Knesset; segue: Leggi dipendenti v. leggi indipendenti; 5. La complessità dell'occupazione.*

##### *1. La trama composita dei poteri d'emergenza nello Stato di Israele*

Il 27 novembre 1947 l'Assemblea Generale dell'ONU votò la Risoluzione n. 181<sup>204</sup>, che pose fine al mandato britannico sulla Palestina e che avrebbe dovuto dividere quest'ultima in due Stati indipendenti e sovrani, ognuno gravato dall'onere di darsi una Costituzione ed un governo provvisorio.

Il Piano di Partizione adottato venne però respinto da gran parte della popolazione arabo-palestinese, soprattutto in ragione dei criteri di suddivisione del territorio; al contrario, gli ebrei accettarono il compromesso per affermare quanto prima la propria indipendenza ed esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione.

Lo Stato di Israele venne finalmente proclamato il 14 maggio 1948, attraverso l'approvazione della Dichiarazione di Indipendenza<sup>205</sup> con cui, oltre a ribadire i valori

---

<sup>204</sup> *UN General Assembly Resolution, Future Government of Palestine, A/RES/181 (II)*, on-line: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/181\(II\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II)&Lang=E&Area=RESOLUTION). La Risoluzione, nella parte I, sez. B, precisa che il testo costituzionale doveva includere, *inter alia*, previsione idonee a garantire una condizione di uguaglianza e non discriminazione nel godimento dei diritti civili, politici, economici. Si doveva inoltre garantire il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, tra cui quella di religione, di pensiero e di espressione, di educazione e di associazione.

<sup>205</sup> *Declaration of the Establishment of the State of Israel*, testo reperibile on-line: <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20establishment%20of%20state%20of%20israel.aspx>. Per una compiuta analisi dello sviluppo storico dello Stato di Israele, dalla sua nascita fino ad oggi, vedi A. AZOULAY-A. OPHIR, *The One-State Condition: Occupation and*

del popolo ebraico, veniva disciplinata l'organizzazione transitoria dei poteri del neo-nato Stato.

Il 19 maggio 1948 il *Provisional Council of the State* approvò la *Law and Administrative Ordinance*<sup>206</sup>, con la quale si affermava la tripartizione dei poteri e si indicavano in modo espresso le previsioni legislative da considerarsi valide e direttamente applicabili sul territorio nazionale. La sez. 11, infatti, sanciva la traduzione del corpo normativo di tutte le *mandatory rules* adottate dalla Gran Bretagna durante il periodo di mandato, nell'ordinamento del nuovo Stato.

Tale assetto legislativo venne reso ancora più complesso dalla prima dichiarazione dello stato di emergenza, intervenuta il 21 maggio 1948 ai sensi della sez. 9, che autorizzava il Primo Ministro, o altro membro del Governo, ad adottare *emergency regulations* per la difesa dello Stato, il mantenimento della sicurezza pubblica e dei servizi essenziali, conferendo a tali strumenti sub-legislativi la facoltà di modificare e sospendere l'efficacia di qualsiasi legge ordinaria e quella di imporre tasse o altri pagamenti obbligatori per un periodo, rinnovabile, di tre mesi. È proprio ai regolamenti dell'esecutivo che si deve la creazione del nucleo essenziale delle previsioni su cui oggi si costruisce la fluida struttura dei poteri di emergenza, connotata da una serie di meccanismi multilivello di gestione della crisi e dal richiamo a clausole elastiche, che permettono la sovrapposizione di diversi strumenti giuridici, segnando così lo sviluppo di un approccio alla sicurezza nazionale come bene collettivo primario.

Lo Stato di Israele, infatti, trovandosi in un'emergenza perenne, reiterata<sup>207</sup> senza soluzione di continuità dal 1948, si è munito di un quadro giuridico stratificato, che concede ampi poteri di gestione della crisi all'esecutivo, in modo particolare per la prevenzione ed il contrasto al terrorismo.

---

*Democracy in Israel/Palestine*, Stanford University Press, 2013; R. BERNARD, *A Brief history of Israel*, 3rd ed., New York, 2012; A. SHAPIRA, *Israel: a History*, Brandeis University Press, 2012.

<sup>206</sup> *Law and Administrative Ordinance*, n. 1 of 5708-1948. Testo reperibile on line: <http://web.archive.org/web/20091028101706/http://geocities.com/savepalestinenow/israellaws/fulltext/lawandadministrationord.htm>.

<sup>207</sup> Vedi l'ultima reiterazione dello stato di emergenza nazionale, con dichiarazione della *Knesset* del 18 aprile 2013, ex art. 38 della *Basic Law: The Government*, che segna il 65° anno di perenne emergenza. Cfr. *Israel extends official state of emergency, again*, in *Haaretz*, 23 aprile 2013. Il terrorismo, quale fenomeno che mette a serio rischio la sicurezza nazionale e che costituisce il presupposto per il rinnovo dello stato di emergenza, è stato richiamato dallo Stato di Israele anche in occasione della ratifica con riserva del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, del 3 ottobre 1991. Vedi, *inter alia*, HCJ 2056/04, *Beit Surik Village Council v. The Government of Israel*, 30 giugno 2004, in [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il) e, per un comment, E. GROSS, *Combating Terrorism: Does Self-Defence Include Security Barrier? The Answer depends on Who You Ask*, in *38 Cornell Int'l L.J.*, 2005, pp. 569 ss.



Guardando a quest'ultimo, infatti, si nota che i poteri straordinari legati alla sicurezza hanno perso definitivamente il loro carattere di temporaneità, per diventare uno strumento di governo che, da un lato, fornisce una base di legittimità alle misure adottate per contrastare eventi imprevedibili e potenzialmente catastrofici e, dall'altro lato, produce l'effetto di rendere regola ciò che dovrebbe essere eccezione<sup>208</sup>.

Tale deriva autoritaria, segnata dall'accentramento delle più ampie facoltà nelle mani dell'esecutivo, ha portato una parte della dottrina a sostenere l'adesione dello Stato di Israele alla teoria schmittiana della sovranità<sup>209</sup>, secondo cui il sovrano dell'emergenza non può essere imbrigliato entro limiti dettati dal rispetto di riparti di competenze o diritti umani, poiché solo la più completa libertà di azione permette di fronteggiare l'emergenza e garantire la sicurezza e l'integrità dello Stato<sup>210</sup>.

L'implementazione di una simile *policy* non ha incontrato molti ostacoli posto che, nonostante gli impegni presi a livello internazionale, Israele non si è mai munito di una Costituzione ma solo di 11 *Basic Laws*<sup>211</sup> - idonee a fornire un quadro di garanzie deboli ed "intermittenti" - adottate dalla *Knesset* a seguito di ampi e difficili compromessi con le opposte forze politiche. Nonostante la Dichiarazione di Indipendenza prevedesse la nomina di un'Assemblea Costituente, il suo primo atto posto giuridico fu totalmente incompatibile con la funzione per la quale quest'ultima venne creata, poiché si risolse

<sup>208</sup> Preoccupazioni legate alla normalizzazione dell'emergenza nel sistema israeliano sono state avanzate anche dallo *Human Rights Committee* dell'ONU che, nel 2002, ha sottoposto al governo un questionario informativo, con una lunga serie di domande legate alle ricadute di tale condizione sui diritti umani e soprattutto alla estensione delle deroghe apposte alle previsioni della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici. Alla luce di tale richieste Adalah (*The Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel*), il 22 luglio 2003, ha sottoposto al comitato tre diversi *position papers*: "*The use of Palestinian Civilians as Human Shields by the Israely Army*", "*Family Unification and Citizenship*" e "*Discrimination Against Palestinian Citizens of Israel – No Fair Representation on Governamental Bodies*", tutti reperibili on-line, [www.adalah.org](http://www.adalah.org).

<sup>209</sup> E. OTTOLENGHI, *Carl Schmitt and the Jewish Leviathan: The Supreme Court vs. the Sovereign Knesset*, in *6 Isr. Stud.*, 2001, pp. 106 ss.

<sup>210</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, pp. 35 ss., in ID., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, trad. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 2001.

<sup>211</sup> Il riferimento è alle *Basic Laws*: "*the Knesset*" (1958); "*the Israeli Land*" (1960); "*the President of the State*" (1964); "*The Government*" (1968, emendate nel 1992 e nel 2001); "*the State Economy*" (1975); "*the Army*" (1976); "*Jerusalem, the Capital of Israel*" (1980); "*the Judiciary*" (1984) e "*State Controller*" (1988). Preme sottolineare come manchi ancora oggi una *Basic Law* relativa alla regolamentazione del potere legislativo, nonostante la discussione in merito alla possibilità di adottarla si aprì già negli anni '70. La difficoltà maggiore, che crea disaccordi in Parlamento, riguarda lo *status* da riconoscere alle *Basic Laws*, oltre alla necessità di statuire in ordine ai poteri di *judicial review* della Corte Suprema ed ai relativi limiti da imporre. Per un approfondimento vedi J. SEGEV, *Who needs a Constitution? In Defence of the non-Decision Making-Constitution Tactic in Israel*, in *70 Alb. L. Rev.*, 2007, pp. 451 ss.

nell'adozione della *Transition Law*, con essa si conferì il ruolo di organismo titolare del potere legislativo.

Tale decisione venne poi seguita da un periodo di transizione in cui crebbero le resistenze all'adozione di una Costituzione scritta, motivate dal difficile momento storico che lo Stato si trovava ad affrontare, dovuto allo scoppio di conflitti bellici su diversi fronti e soprattutto alla mancanza di un riconoscimento ufficiale della sua legittima esistenza da parte della comunità internazionale<sup>212</sup>.

La situazione di stallo che si stava consolidando venne finalmente superata nel 1950 attraverso un compromesso tra maggioranza ed opposizione che portò all'adozione della c.d. "*Harari Resolution*"<sup>213</sup>, con cui si decise che la prima *Knesset* avrebbe delegato al *Constitutional, Legislative and Judicial Committee* la predisposizione di singoli capitoli della futura Costituzione, ognuno dei quali avrebbe autonomamente costituito una *Basic Law*. L'accordo concluso risultò efficace nell'indicare una strategia per uscire dalla situazione di blocco dei lavori costituzionali ma, a ben vedere, ebbe un effetto meramente simbolico, poichè nulla disponeva in merito ai settori che dovevano essere

---

<sup>212</sup> Le maggiori resistenze all'adozione di una Costituzione scritta vennero avanzate dal Primo Ministro Ben Gurion, che si oppose al progetto sostenendo che in quel momento la cittadinanza rifletteva solo un'esigua parte della popolazione ebrea. Per tale motivo sarebbe stato politicamente inopportuno, se non addirittura illegittimo, lavorare alla stesura di un testo che doveva rendere giuridicamente vincolanti i principi fondamentali su cui avrebbe poggiato lo Stato di Israele, senza concedere ai futuri potenziali cittadini la possibilità di prendere parte al processo costituente. Altro motivo di opposizione poggiava sul modello ereditato dal mandato britannico e dalle tradizioni della *common law* inglese, che dimostravano come l'adozione di una legge fondamentale non fosse così necessaria, anche perché avrebbe portato all'inevitabile riduzione dei poteri e delle facoltà concesse al parlamento ed al governo. Questi ultimi, infatti, dovendo operare in osservanza dei limiti costituzionali, non sarebbero riusciti a fornire risposte efficaci alle emergenze ed agli eventi che in quegli anni minavano la sicurezza dello Stato. Le guerre contro i Paesi arabi scongiuravano di cristallizzare le libertà fondamentali da tutelare e le regole di funzionamento dei singoli organismi nazionali, anche perché le istanze dell'emergenza avrebbero condotto verso decisioni non razionali, riconoscendo poteri sproporzionati al governo ed alle autorità militari. Il problema più significativo per lo sviluppo dell'*iter costituzionale* riguardava però il rapporto tra religione e potere temporale, dato che prima o poi si sarebbe dovuto decidere in ordine alla identità nazionale che lo Stato avrebbe dovuto assumere. Non a caso, i maggiori ostacoli per l'adozione di quello che è conosciuto oggi come *Bill of Rights*, sono stati opposti dal partito degli ultraortodossi che conserva il timore di aprire la strada al riconoscimento della libertà di religione, quale primo passo verso la laicità del sistema giuridico. Vedi sul punto A. SHAPIRA, *Why Israel has no Constitution, but Should, and Likely Will, Have One*, in 37 *St. Louis U. L.J.*, 1992-1993, pp. 285 ss.

<sup>213</sup> D. K. (1950) 1743, per un approfondimento in merito al contesto in cui venne adottata vedi: [http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng\\_mimshal\\_hoka.htm#4](http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_hoka.htm#4). La Risoluzione prevede: «*The first Knesset directs the Constitutional, Legislative and Judicial Committee to prepare a draft Constitution for the State. The Constitution shall be composed of separate chapters so that each chapter will constitute a basic law by itself. Each chapter will be submitted to the Knesset as the committee completes its work, and all the chapters together shall be the State's constitution*». A ragione di tale tecnica redazionale la Costituzione di Israele è stata definita una "Costituzione a tappe". Vedi R. TONIATTI, *Israele: una Costituzione a tappe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, pp. 510 ss.

regolati, taceva sul procedimento di adozione delle future *Basic Laws* e soprattutto non ne definiva il valore giuridico<sup>214</sup>.

Al termine del suo mandato, tuttavia, la prima *Knesset* approvò solo la *Second Knesset (Transition) Law 1951* con la quale trasferì formalmente tutti i suoi poteri alla *Knesset* successiva e, *mutatis mutandis*, a quelle che sarebbero seguite, con il preciso scopo di mantenere la continuità dei poteri costituenti<sup>215</sup>.

Si dovette attendere fino al 1958 per l'approvazione della prima *Basic Law*, alla quale ne seguirono altre otto, tutte relative alla divisione dei poteri pubblici ed alla regolamentazione dell'assetto dello Stato. Tuttavia, la tappa che segnò profondamente l'ordinamento israeliano fu segnata dalla adozione, nel 1992, delle *Basic Laws: Human Dignity and Liberty* e *Freedom of Occupation*<sup>216</sup>, che rappresentarono il primo timido passo verso quella che venne chiamata, forse indebitamente, “*constitutional revolution*”<sup>217</sup>.

Come ampiamente sottolineato in dottrina, nello Stato di Israele era già presente un sistema di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, che operava attraverso la costante ed esclusiva opera della Corte Suprema che, negli anni, aveva enucleato un catalogo di *soft legal principles*, utilizzati come parametro interpretativo di legittimità. La tutela meramente giurisprudenziale garantita alle libertà fondamentali, tuttavia, era di

<sup>214</sup> Vedi A. RUBINSTEIN, *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, 2009, testo reperibile on line: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/isdf/text/Rubinstein.html>.

<sup>215</sup> Tale previsione è stata richiamata da Aharon Barak, al tempo in cui fu Presidente della Corte Suprema, per giustificare il potere di *judicial review* di quest'ultima sulle leggi della *Knesset* e la sua competenza a dichiararle nulle, se in contrasto con le previsioni delle *Basic Laws*. Vedi C.A. 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. vs Migdal Cooperative Village*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf).

<sup>216</sup> Infatti, quando si cominciò a discutere sulla questione relativa alla “codificazione” dei diritti umani, si registrarono forti scontri politici in seno alla *Knesset*, che portarono ad un nuovo stallo dei lavori, perpetuando la tradizionale prassi di “decidere di non decidere”. Nel 1987 un gruppo di Professori dell'università di Tel Aviv, il “*Reichman Group*”, pubblicò una bozza di Costituzione organica, che venne inviata a tutti i rappresentanti del Governo. Il progetto non ebbe seguito, ma riportò all'attenzione dei pubblici poteri la necessità di formalizzare un catalogo di libertà fondamentali. Chi più di tutti si spese in tale direzione fu Amnon Rubinstein che, dopo aver visto fallire la propria iniziativa di mettere ai voti una singola ed organica legge fondamentale in materia, cambiò strategia e propose l'adozione progressiva di quattro diverse *Basic Laws* intitolate: “*Freedom of Occupation*”, “*Human Dignity and Liberty*”, “*Freedom of Expression and Association*” e “*Freedom of Demonstration*”. Vedi Vedi A. SHAPIRA, op. cit., pp. 289 ss.. Vedi inoltre, anche per gli opportuni approfondimenti sullo sviluppo storico legato alla adozione delle *Basic Laws*, L. PIERDOMINICI, *L'evoluzione costituzionale israeliana nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 301 ss.; T. GROPPI-E. OTTOLENGHI-A.M. RABELLO (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, in particolare pp. 21 ss..

<sup>217</sup> Vedi sul punto G.L. JACOBSON, *After the Revolution*, in *34 Isr. L. Rev.*, 2000, pp. 139 ss.; M. MANDEL, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *33 Isr. L. Rev.*, 1999, pp. 259 ss.

carattere precario e non generalizzato, posto che la *Knesset* non trovava in essi alcun limite al proprio potere.

La vera rivoluzione costituzionale non era infatti da ravvisarsi nella semplice tipizzazione di alcuni diritti fondamentali, bensì nella definizione del loro *status*<sup>218</sup> e nel riconoscimento del potere di *judicial review* della Corte Suprema non solo sugli atti amministrativi, ma anche su quelli di natura legislativa<sup>219</sup>.

*Segue: I poteri di judicial review della Corte Suprema*

Il passo decisivo verso la costituzionalizzazione del sistema è intervenuto, infatti, ad opera della Corte Suprema con la sentenza *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*<sup>220</sup>, definita “la *Marbury v. Madison* israeliana”<sup>221</sup>, con cui venne per la prima volta riconosciuto, da un lato, il valore costituzionale delle leggi fondamentali e, dall’altro lato, la competenza dei giudici supremi ad operare nel ruolo di garanti delle stesse<sup>222</sup>. Tale decisione segnò infatti il passaggio da una “democrazia parlamentare” ad uno “Stato costituzionale”<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> Le 11 leggi fondamentali fino ad ora adottate sono state approvate, infatti, attraverso un *iter* legislativo ordinario, in molti casi senza nessun intervento del *Constitutional, Legislative and Judicial Committee* (come al contrario previsto dalla *Harari Resolution*). La diffidenza del parlamento e del governo verso le limitazioni alla propria autonomia decisionale si evince anche dalla loro formulazione: solo le sez. 4, 44 e 45 della *Basic Law: the Knesset*, le sez. 44 della *Basic Law: The Government* (nella versione del 2001 ora in vigore) e la sez. 7 della *Basic Law: Freedom of Occupation*, sono munite di clausole di rafforzamento che richiedono una procedura aggravata di revisione, mentre le altre *Basic Laws* ne sono prive. Esse, dunque, risultano passibili di modifica ad opera di qualsiasi legge successiva a loro non conforme. Vedi S. NAVOT, *The Constitutional Law of Israel*, Kluwer, 2007, pp. 39 ss.

<sup>219</sup> Vedi D. KRETZMER, *The New Basic Laws on Human Rights: a Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?*, in *26 Isr. L. Rev.*, 1992, pp. 239-240.

<sup>220</sup> CA, 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf).

<sup>221</sup> Y. RABIN-A. GUTFELD, *Marbury v. Madison and its impact on Israeli Constitutional Law*, in *15 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, 2007, pp. 303 ss., in particolare pp. 319-320. Nella motivazione della sentenza *United Mizrahi Bank*, Justice Barak (estensore) cita più volte stralci della sentenza *Marbury v. Madison*, spiegando come, dopo la sua pronuncia, una legge contraria alle previsioni della Costituzione americana sia considerata nulla e possa essere dichiarata tale da parte di ogni Corte, anche in assenza di una espressa autorizzazione costituzionale in tal senso. In Israele, la consapevolezza circa la superiorità delle Leggi Fondamentali si è avuta per la prima volta con la sentenza della HCJ, 98/69, *Bergman v. Minister of Finance and State Controller*, in *Isr. L. Rev.*, 1969, pp. 559 ss. con nota di P. ELMAN-C. KLEIN-B. AKZIN, *Judicial Review of Statute*; vedi inoltre C. KLEIN, *A New era in Israel's Constitutional Law*, in *Isr. L. Rev.*, 1971, pp. 376 ss..

<sup>222</sup> Preme sottolineare che già nel 1989, con la sentenza *Lao'r*, si cominciò cautamente ad abbozzare la possibilità di riconoscere alla Corte Suprema il potere di dichiarare nulle le leggi contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento, o quantomeno con quelle che comportavano una ingerenza sproporzionata sui diritti umani. La Corte Suprema riconobbe infatti di essere titolare naturale del potere di *judicial review* sulle leggi della *Knesset*, dichiarando espressamente di essere pronta ad esercitarlo, ma di ritenere necessario un preliminare avvallo popolare e democratico in tal senso, per non rendersi responsabile di azioni elusive dei limiti tradizionalmente impostigli. Cfr. H.C. 142/89 e 172/89, *The*

Prima del 1995 veniva riconosciuta una resistenza passiva rafforzata solo alle previsioni delle Leggi fondamentali dotate di una *entrenched clause*, mentre per le altre valeva regola generale secondo cui *lex posterior derogat priori*, con la paradossale conseguenza di poter modificare, attraverso legge ordinaria, anche le disposizioni poste a tutela dei diritti umani fondamentali, previste dalla *Basic Law: Human Dignity and Liberty*.<sup>224</sup> Nel *leading case* del 1995, al contrario, un inedito collegio di nove giudici fece propria la c.d. “*two hats doctrine*”, avanzata dal giudice Barak, secondo cui la *Knesset* può adottare sia leggi ordinarie, sia leggi di natura costituzionale in quanto organismo di massima espressione della volontà del corpo sociale, che trae la propria legittimazione dalla *Transition Law* del 1951 con cui si era stata garantita la continuità dei suoi poteri costituenti.<sup>225</sup>

Tale *decisum* ha prodotto due effetti: da un lato, quello di costituzionalizzare alcune libertà fondamentali, che sono anche il riflesso dei valori dello Stato di Israele e, dall'altro lato, quello di riconoscere definitivamente l'esistenza di un meccanismo di controllo che permette alla Corte Suprema di dichiarare nulla qualsiasi legge o singola previsione che incide in modo illegittimo e sproporzionato sui diritti fondamentali.

I giudici, ben consci della portata dirompente della loro decisione, preferirono però adottare una strategia che ancora oggi si riscontra spesso nella prassi. Essi non applicarono direttamente i poteri di *judicial review* che si erano riconosciuti, rinunciando quindi alla dichiarazione di incostituzionalità della legge contro cui era stata presentato ricorso, con il proposito di preparare il terreno per una graduale

---

*Lao'r Movement*, testo parzialmente riportato in Y.M. EDREY, *The Israeli Constitutional Revolution/Evolution, Models of Constitutions, and Lessons from Mistakes and Achievements*, in 53 *Am. J. Comp. L.*, 2005, pp. 84-85, vedi inoltre pp. 101 ss. L'Autore critica il richiamo fatto da Justice Barak alla “*two hats doctrine*”, sostenendo che in tal modo si permette alla *Knesset*, una volta indossata la sua veste di costituente, di poter adottare qualsiasi tipo di norma. In un sistema così strutturato, i diritti umani e la loro protezione possono al più essere deboli, ma non certo garantiti.

<sup>223</sup> Vedi T. GROPPI, *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3543 ss., in particolare p. 3549; M. CAIELLI, *La protezione costituzionale delle libertà fondamentali in Israele*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2000, pp. 493 ss..

<sup>224</sup> Per un quadro sulla natura giuridica delle leggi fondamentali e delle clausole di rafforzamento vedi L. DE GRAZIA, *Il sistema delle fonti normative nell'ordinamento israeliano*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2009, pp. 414 ss.; S. NAVOT, *The Constitutional Law of Israel*, op.cit., pp. 40 ss.

<sup>225</sup> Preme sottolineare come Justice Shamgar, allora Presidente uscente della Corte Suprema, pur riconoscendo in capo alla *Knesset* il potere costituente, nella sua *concurring opinion* ha precisato che il fondamento di tale posizione deve essere ritrovato nella teoria della sovranità illimitata, che permette al parlamento di approvare qualsiasi tipo di legge, anche e soprattutto quelle con cui auto-limita i suoi poteri. Justice Cheshin, al contrario, ha sostenuto la non trasmissibilità dei poteri costituenti riconosciuti dalla Dichiarazione di indipendenza alla prima *Knesset*, a quelle successive. L'unica cosa che il parlamento potrebbe fare, dunque, sarebbe emanare leggi dotate di clausole di rafforzamento, idonee a riconoscergli una posizione di supremazia rispetto alle altre leggi ordinarie.

interiorizzazione del precedente ed evitare di entrare in aperto conflitto con la *Knesset*. Lo stesso ragionamento a favore del *self-restraint* della Corte venne fatto anche in altre occasioni, quando essa venne chiamata a dirimere questioni complesse, legate al bilanciamento tra sicurezza nazionale e libertà individuali, così come nella sentenza del 1999 con cui per la prima volta si è affrontata la questione relativa ai metodi di interrogatorio adottati dal *General Security Service* (GSS) contro i sospetti terroristi<sup>226</sup>.

## 2. L'emergenza nel quadro costituzionale

Lo Stato di Israele, come già precisato, conosce lo stato di emergenza sin dalla sua nascita, dato che esso è stato proclamato per la prima volta ai sensi della sez. 9 della *Law and Administrative Ordinance*<sup>227</sup>, cinque giorni dopo la Dichiarazione di Indipendenza.

Nonostante la sua costante reiterazione, a partire dal 1992 si sono inaugurati una serie di tentativi finalizzati da un lato, a limitare i poteri dell'esecutivo in ordine all'emergenza e, dall'altro lato, a rafforzare il coinvolgimento parlamentare nei momenti di crisi, per responsabilizzare maggiormente l'organismo rappresentativo della collettività.

La facoltà di dichiarare lo stato di emergenza nazionale, tradizionalmente posta nelle mani del Primo Ministro, con la prima modifica della *Basic Law: the Government* del 1992, è stata trasferita al Parlamento. Ma vi è di più, mentre la *Law and Administrative Ordinance* non stabiliva un termine di rinnovo per tale dichiarazione, ritenendola efficace sino alla sua formale revoca, con l'emendamento alla legge fondamentale sul governo si stabilì che allo stato di emergenza venissero imposti dei limiti di validità, che obbligassero l'autorità competente a regolari valutazioni circa la sussistenza di tutti i presupposti.

Questi ultimi sono inseriti nella nuova sez. 38 della *Basic Law: The Government* del 2001, che prevede che la competenza in ordine alla dichiarazione dello stato di emergenza spetti alla *Knesset*, con decisione assunta a maggioranza dei membri e che lo stesso non possa avere durata superiore ad un anno, pur essendo suscettibile di proroga (lett. a-b). Tuttavia, nell'ipotesi in cui non risulti possibile riunire il Parlamento, la

<sup>226</sup> HCJ, 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. the State of Israel et al.*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf).

<sup>227</sup> Testo reperibile on-line: <http://web.archive.org/web/20091028101706/http://geocities.com/savepalestinenow/israelaws/fulltext/la wandadministrationord.htm>.

decisione può essere presa anche dal Governo, ma essa potrà produrre effetti solo per i successivi 7 giorni, in attesa della ratifica da parte della *Knesset*, con possibilità di proroga solo nel caso in cui quest'ultima non risultasse ancora in grado di riunirsi (lett. c)<sup>228</sup>. Tuttavia, la sez. 38 non enumera le circostanze che possono giustificare tale dichiarazione e, fino ad ora, la Corte Suprema si è ben guardata dall'ingerire nelle scelte della *Knesset* o di sottoporle ad un vaglio di ragionevolezza.

Ne sistema israeliano, le conseguenze dovute al perdurare dello stato di emergenza intaccano primariamente la tripartizione dei poteri, come dimostrato dalla sez. 39 della *Basic Law: the Government*, che riconosce all'esecutivo la facoltà di adottare delle *emergency regulations* (tra cui si annoverano anche i c.d. *administrative orders*) dotate di forza di legge ed idonee a modificare temporaneamente qualsiasi legge ordinaria, sospenderne gli effetti, ovvero sottoporla a condizioni per un periodo massimo di tre mesi (lett. c)<sup>229</sup>.

Al fine di arginare i poteri del Governo, sono stati però introdotti tre specifici limiti costituzionali ed uno di carattere giurisprudenziale. Il primo impone di sottoporre la legislazione d'emergenza, immediatamente dopo la sua adozione, al *Foreign Affair and Security Committee* e successivamente alla *Knesset*, al fine dell'eventuale ratifica ovvero proroga, per garantire in tal modo che non vi siano modifiche dell'ordinamento in assenza del vaglio democratico del Parlamento (lett. a ed f). Tale limite ha tuttavia effetti meramente simbolici, dimostrandosi nei fatti una mera dichiarazione di intenti. L'esecutivo può infatti rinnovare le *emergency regulations*, attraverso la trasposizione, alla scadenza del terzo mese, del contenuto di un ordine amministrativo all'interno di un altro da adottare *ex novo* e senza la necessità di ottenere l'autorizzazione del legislatore, dando così vita ad un sistema di perpetuazione a catena di atti della medesima portata, che per la loro efficacia dipendono solo dal persistere dello stato di emergenza<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> Art. 38, *Basic Law: the Government*, testo nella versione consolidata del 2001, reperibile on line: [http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm).

<sup>229</sup> Art. 39, *Basic Law: the Government*, reperibile on-line, nella versione ufficiale e consolidata del 2001: [http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm)

<sup>230</sup> Dal 1948 ad oggi numerose *emergency regulations* adottate durante la prima guerra di indipendenza sono ancora in vigore, o perché soggette a continuo rinnovo o perché trasposte in legge ordinaria, come nel caso della *Prevention of Terrorism Ordinance*. Il controllo sulla prassi adottata dall'esecutivo nei momenti di crisi per la sicurezza interna è molto debole, poiché la coalizione di governo ha il potere di controllare anche il parlamento, che si trova dunque nella posizione di poter ratificare ogni misura ritenuta necessaria per fronteggiare qualsiasi tipo di fenomeno emergenziale. Vedi, anche per gli opportuni approfondimenti, Y. MEHOZAY, *The Fluid Jurisprudence of Israel's Emergency Powers: Legal Patchwork as a Governing Norm*, in 46 *L. & Soc. Rev.*, 2012, pp.147 ss..

Il secondo impone un parametro di merito, posto che ogni legge emergenziale, affinché sia valida, deve essere motivata dalla necessità di difendere lo Stato, la pubblica sicurezza o il mantenimento dei servizi essenziali (lett. a). Anche tale limite è stato sottoposto ad interpretazioni estensive, perdendo così la sua *ratio* legata al controllo del requisito della necessità rispetto allo scopo, tanto che oggi si ritiene osservato non solo in caso di minaccia alla sopravvivenza dello Stato, ma anche se si ritenessero necessarie misure eccezionali per garantire servizi essenziali, tra cui ad esempio, modifiche del piano regolatore per la costruzione di nuovi immobili al fine di assorbire l'immigrazione<sup>231</sup>.

Il terzo fa espresso divieto di sospendere il diritto di ricorrere in giudizio, di imporre sanzioni retroattive e di introdurre misure in violazione della dignità umana (lett. d). Un divieto simile si riscontra anche in singole sezioni di alcune *Basic Laws*, che escludono espressamente che le *emergency regulations* possano, a seconda dei casi, modificare, sospendere o sottoporre a condizioni singole previsioni in esse contenute<sup>232</sup>.

Il quarto ed ultimo limite si deve ad una decisione della *High Court of Justice*, con cui venne stabilito che le *emergency regulations* possano essere ritenute valide solo se le circostanze concrete non abbiano reso possibile l'adozione di una legge ordinaria<sup>233</sup>.

In tale ordinamento, tuttavia, la proclamazione dello stato di emergenza non è vincolata a specifici presupposti ed ha effetti generali sul sistema. Ciò significa che i poteri straordinari accordati per il fatto A, nel caso di specie *l'ongoing war against the arabs*, possono essere esercitati anche per regolare il fatto B, senza che i due debbano essere legati da nessi causali o rapporti causa-effetto

---

<sup>231</sup> Vedi H CJ, 2994/00, *Poraz v. Government of Israel*, reperibile on-line: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/englishverdictssearch.aspx>.

<sup>232</sup> Vedi sez. 44 della *B.L.: the Knesset*, sez. 22 della *B.L.: the Judiciary*, sez. 25 della *B.L.: the President of the State*, sez. 41 della *B.L.: the Government*, sez. 6 della *B.L.: Freedom of Occupation*, che prevedono clausole rafforzate tali da rendere l'intero corpo normativo immutabile, non sospendibile e non sottoponibile a condizioni. Paradossalmente fa eccezione la *B.L.: Human Dignity and Liberty* che prevede una clausola di stabilità di portata generale (sez. 12), che vieta modifiche da parte di *emergency regulations*, a cui fa seguito una precisazione: in caso di stato di emergenza dichiarato, ogni diritto in essa garantito può essere limitato o addirittura non riconosciuto, per il perseguimento di un giusto scopo e per il tempo strettamente necessario.

<sup>233</sup> H CJ, 6971/98, *Pritzky v. Ministry of Interior*, testo reperibile solo in ebraico. Per un approfondimento vedi S. NAVOT, op.cit., pp. 293 ss.



### 2.1. La dichiarazione dello stato di emergenza al vaglio della Corte Suprema

Nel 1999 l'*Association for Civil Rights in Israel (ACRI)* decise di ricorrere alla *High Court of Justice*, affinché venisse valutata la legittimità dei continui rinnovi dello stato di emergenza ed eventualmente ne venisse disposta la revoca.

I motivi di ricorso vertevano sulla supposta violazione delle previsioni costituzionali e internazionali<sup>234</sup> - in particolare l'art. 4 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici - dato che i pericoli per la sicurezza nazionale non avevano una portata tale da giustificare un regime eccezionale di sospensione di alcuni diritti fondamentali e di sovvertimento della tripartizione dei poteri. Secondo i ricorrenti, lo Stato di Israele aveva infatti abusato della *emergency doctrine*, istituendo una situazione di emergenza istituzionalizzata, illimitata nel tempo e nello scopo<sup>235</sup>.

L'*Attorney General*, pur dichiarando che lo Stato necessitava di tutti gli strumenti idonei per fronteggiare le minacce a cui era continuamente sottoposto, non mise in discussione la abnormità della situazione denunciata e, riconoscendo che gran parte della legislazione esistente richiedeva la reiterazione dello stato di emergenza ai fini della propria vigenza, confermò la necessità di sostituirla con previsioni applicabili anche in sua assenza<sup>236</sup>.

Tale *decisum* ha certamente scontato gli effetti dello scoppio della “*seconda Intifada*” (2000) oltre a quelli delle due operazioni militari effettuate nella striscia di Gaza, in risposta al lancio di alcuni missili in zona israeliana. Già nel 2006 infatti, con una *interim decision*, la Corte Suprema aveva sostenuto la presenza di una grave situazione di pericolo per la sicurezza, legata alla continua minaccia posta dalle organizzazioni terroristiche (*Hamas*, *Hezbollah* e *Islamic Jihad* in particolare) ed alla questione iraniana, pur non negando che l'esecutivo nel corso degli anni avesse abusato di tale

<sup>234</sup> Le disposizioni a cui si fa riferimento sono legate alla facoltà accordata al governo di emanare *emergency regulations*, alla possibilità di applicare leggi che devono la loro validità alla presenza di un continuo stato di emergenza - nel caso di specie la *Emergency Powers (Detention) Law 1979* - ed alla facoltà di derogare ad alcune previsioni delle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, come quelle degli artt. 9 e 14 dei Patti internazionali per i diritti civili e politici, resa possibile grazie alla clausola dell'art. 4 della medesima Convenzione.

<sup>235</sup> Vedi J. REYNOLDS, “*Intent to Regularise*”: *the Israeli Supreme Court and the Normalisation of the Emergency*, in *Adalah's Newsletter*, vol. 104, Maggio 2013, pp. 4-5. Vedi inoltre A. BENN, *When will Israel, like Syria, lift its emergency laws?*, in *Haaretz*, 20 aprile 2011.

<sup>236</sup> Nell'udienza del 21 giugno 2001, la Corte Suprema incoraggiò il Ministro della giustizia ad adoperarsi per la predisposizione di un disegno di legge finalizzato all'eliminazione dello stato di emergenza, o quantomeno alla sostituzione delle leggi dipendenti da quest'ultimo. Il governo però disattese tale raccomandazione, anche alla luce dello scoppio della seconda *Intifada* e dell'accrescimento delle minacce allo Stato.

condizione per avvalersi di leggi emergenziali ereditate dal mandato britannico e mai adeguate alla struttura democratica del nuovo Stato.

La Corte, dopo 13 anni dall'apertura del procedimento, l'8 maggio 2012<sup>237</sup> confermò il rigetto del ricorso promosso dall'ACRI, affermando nuovamente che Israele si trovava a fronteggiare un vero stato di emergenza<sup>238</sup>, che doveva essere fronteggiato riconoscendo dalle autorità nazionali il più ampio margine di apprezzamento; allo stesso tempo, sottolineò come questa situazione eccezionale dovesse essere quanto prima superata dal Parlamento, con la trasposizione delle leggi dipendenti dallo stato di emergenza in leggi ordinarie e da esso indipendenti<sup>239</sup>.

Ciò posto, la Corte precisò di non potersi sostituire alla discrezionalità delle autorità competenti, ingerendo sulle scelte della *Knesset* circa l'azionabilità della previsione della sez. 38 della *B.L.: the Government*, o limitando *de imperio* ed in via autonoma i poteri straordinari connessi all'emergenza<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> HCJ 3091/99, *The Association for Civil Rights in Israel v. The Knesset and the Government of Israel*, sentenza emessa l'8 maggio 2012, testo reperibile solo in ebraico. Nella decisione si percepisce la ritrosia della Corte ad affrontare questioni tanto complesse, che rischierebbero di incidere fortemente sulla ripartizione costituzionali dei poteri, anche a ragione del fatto che la *Knesset* ha più volte paventato la possibilità di modificare le previsioni della *Basic Law: the Judiciary* per arginare il potere di intervento e controllo della Corte. Vedi il commento alla sentenza offerto dall'*Israel Democracy Institute*, reperibile on-line: <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-41/hcj-rejects-petition-to-end-israel's-state-of-emergency/>; ed il commento offerto dall'ACRI, reperibile online: <http://www.acri.org.il/en/2012/05/08/state-of-emergency-petition-rejected/>.

<sup>238</sup> HCJ 3091/99, *The Association for Civil Rights in Israel v. The Knesset and the Government of Israel*, par. 11: «*the winds of war have never ceased to blow, and unfortunately the situation remains relatively unchanged*».

<sup>239</sup> Il ritardo nell'ottemperare alle raccomandazioni della Corte si può riscontrare anche in relazione al divieto di ricongiungimento familiare tra cittadini israeliani e palestinesi, sancito per ragioni di sicurezza dalla *Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Provision) 2003*, dato che alcuni palestinesi a cui era stato concesso erano risultati responsabili di attacchi di natura terroristica. La *High Court of Justice*, nella sentenza 7052/06 *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel v. Ministry of Interior*, aveva riconosciuto le ragioni di sicurezza fondate, ed il divieto legittimo, subordinandolo però alla sua natura meramente temporanea poiché, dovendo dipendere dalle caratteristiche del caso concreto non poteva essere posto attraverso una clausola generale. La Corte impose quindi alla *Knesset* di emendare quanto prima la previsione, vista la forte limitazione del diritto alla preservazione della vita familiare, ma quest'ultima ha continuato comunque a prorogare il divieto, da ultimo con decisione del 22 aprile 2013. Sentenza reperibile on-line:

[http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/03/520/070/a47/03070520.a47.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/03/520/070/a47/03070520.a47.pdf). Per un approfondimento vedi I. SABAN, *National Security and Minority Rights*, testo dell'intervento nell'*Italy-Israel Workshop*, 4 novembre 2009, «*The Role of Courts in Democratic Societies*», non pubblicato.

<sup>240</sup> HCJ 3091/99, *The Association for Civil Rights in Israel v. The Knesset and the Government of Israel*, par. 19: «*it is not the place of the judiciary to obstruct executive or legislative renewals of the state of emergency, nor to restrict the use of necessary powers that remain dependent on the declared state of emergency. (...) this court is not a substitute for the discretion of the authorised agencies*».

## 2.2. La tutela “costituzionale” dei diritti e le sue anomalie

Sul piano strettamente costituzionale, già prima del 1992 in Israele esisteva un *judicial Bill of Rights*<sup>241</sup>, venutosi a creare attraverso l'incessante opera di riconoscimento dei diritti fondamentali condotta dalla Corte Suprema. Essa operava però in una situazione di forte instabilità, dovuta alla definizione ancora vaga dei suoi poteri, nonché dalla assenza di una previsione che le permettesse di intervenire con un giudizio di incostituzionalità sulla legislazione vigente o di futuro conio.

Nelle fasi precedenti alla adozione delle due leggi fondamentali sui diritti umani, gli unici criteri ermeneutici utilizzabili per il vaglio di legittimità della Corte erano la presunzione secondo cui il legislatore si sarebbe astenuto quanto più possibile dall'intervenire in violazione dei diritti umani; il principio secondo cui a fronte di due possibili interpretazioni, deve sempre prevalere quella costituzionalmente compatibile; la regola che impone l'interpretazione restrittiva delle clausole di limitazione dei diritti fondamentali e l'obbligo, imposto alle autorità amministrative, di ottenere preventiva autorizzazione per derogare o sospendere qualsiasi diritto individuale<sup>242</sup>.

Il fondamento giuridico da cui, in via interpretativa, si è fatto derivare il potere di annullamento delle leggi è stato ravvisato nelle previsioni delle *Basic Laws: Human Dignity and Liberty e Freedom of Occupation*, che hanno modificato lo *status* giuridico di alcuni diritti fondamentali, pur lasciando un ampio spazio di discrezionalità al legislatore ed all'esecutivo in tutti i settori del sistema giuridico.

La legge fondamentale che assume maggiore rilievo è quella in materia di dignità e libertà, che tutela in modo espresso la vita, la dignità, l'integrità fisica, la libertà (intesa come divieto di arresto arbitrario), la libertà di movimento e la *privacy*. Nonostante ciò,

---

<sup>241</sup> Vedi HCJ, 355/79, *Katlan v. Prison Services*, nella *concurring opinion* del giudice Barak, riportata in S. NAVOT, op.cit., p. 201. «Every person in Israel enjoys a basic right to the integrity of his person and respect for human dignity. These rights are contained in the “judicial bill of rights” which was recognized by this Court. The walls of the prison do not separate prisoners to their human dignity...freedom is denied to prisoners; his human dignity is not taken away from him». Con tale decisione, in cui si dibatteva la legittimità di un clistere effettuato coattivamente su un detenuto sospettato di spaccio di droga in carcere, sono stati riconosciuti a livello giurisprudenziale i diritti all'integrità fisica, alla dignità ed alla *privacy*.

<sup>242</sup> Con una pronuncia del 1953 si erano poste le basi per il riconoscimento dei diritti umani da parte delle Corti, nonostante essa avesse come oggetto specifico la libertà di espressione. La Corte Suprema precisò che lo Stato di Israele è una democrazia, e che per sopravvivere in quanto tale deve necessariamente porre le basi legali per il riconoscimento, *in primis*, della libertà d'espressione. Nonostante ciò, venne ribadita l'impossibilità di disapplicare una legge che viola tale diritto in assenza di una Costituzione, potendo la Corte fornire solo una interpretazione quanto più possibile garantistica di tale libertà. Cfr. HCJ, 73/53, *Kol Ha'am v. Minister of Interior*.

per come è stata strutturata, essa mostra di avere un'efficacia limitata in ordine alla possibilità di censurare previsioni eccessivamente restrittive delle libertà fondamentali, per almeno tre ordini di ragioni.

La prima si ravvisa nel fatto che, non riconoscendo diritti assoluti<sup>243</sup>, essa permette alle esigenze di sicurezza nazionale di venire poste sempre in bilanciamento con qualsiasi altro diritto, anche quello alla vita, con un unico limite, ovvero quello dettato dalla c.d. *limitation clause*. La formulazione di tale clausola, influenzata dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà del 1982<sup>244</sup>, importa nel sistema uno *statutory test* ai sensi del quale le libertà fondamentali positivizzate nel testo, e quelle derivanti dalla giurisprudenza della Corte Suprema, possono essere violate solo da parte di una legge che rifletta i valori dello Stato di Israele, emanata per un giusto scopo e per il tempo strettamente necessario, ovvero da una fonte sub-legislativa adottata alla luce di essa<sup>245</sup>.

La seconda ragione rappresenta anche la vera anomalia del sistema posto a garanzia dei diritti inalienabili. La lettera della sez. 10, infatti, stabilisce che nessuna previsione della *Basic Law* può inficiare la validità delle leggi entrate in vigore prima della sua adozione (ovvero prima del 1992), tra le quali si annoverano proprio quelle maggiormente utilizzate nella prevenzione e nel contrasto al terrorismo, ossia la *Prevention of Terrorism Ordinance 1948*, la *Emergency Powers (Detention) Law 1979* e le *Defence (Emergency) Regulations 1945*, soggette solo ad interpretazione conforme. Tale scelta mostra la consapevolezza con cui ha agito il parlamento, anche al fine di superare le

---

<sup>243</sup> Per una riflessione sui diritti inviolabili vedi G. VASSALLI, *Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo*, pp. 47 ss. ed in particolare p. 64, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, ESI, Napoli, 2002.

<sup>244</sup> Sulla influenza della esperienza costituzionale canadese sulle due leggi fondamentali israeliane, vedi Z. SEEGAL, *The Israeli Constitutional Revolution: the Canadian Impact in the Midst of a Formative Period*, in *Forum Constitutionnel*, 1997, pp. 53 ss.; G. TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, pp. 83 ss., in G. ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>245</sup> La stessa clausola era presente nella versione originaria della *Basic Law: Freedom of Occupation* ma venne emendata nel 1994 a seguito del noto caso della carne *kosher*. Il riferimento è alla decisione con cui la Corte Suprema aveva dichiarato incostituzionale la decisione governativa di vietare l'importazione della carne surgelata sprovvista del certificato di una corte rabbinica, che ne riconosceva la macellazione secondo diritto ebraico (*kosher*), in quanto ritenuta in contrasto con la libertà di occupazione. La *Knesset*, in risposta a tale *decisum*, introdusse una *override clause* (conosciuta anche come *notwithstanding clause*), con cui venne previsto che una disposizione di legge, in contrasto con i diritti garantiti dalla legge fondamentale, adottata in violazione della *limitation clause*, sarà comunque valida se approvata dalla *Knesset* a maggioranza assoluta e con l'inserimento di una clausola di deroga espressa. Cfr. HCJ, 3872/93, *Meatrael v. Prime Minister*, 47 P.D. 521, sulla quale vedi. M. MANDEL, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, op.cit., pp. 262 ss.

resistenze dell'opposizione, e riflette le preoccupazioni legate alla introduzione di elementi che avrebbero potuto limitare l'efficacia della legislazione anti-terrorismo.

Quanto appena evidenziato si nota chiaramente se si mette in comparazione la formulazione della sez. 10 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, con quella della *Basic Law: Freedom of Occupation*: quest'ultima, infatti, pur impedendo di sottoporre a *judicial review* leggi nazionali precedenti alla sua adozione, pone un limite temporale di due anni a tale deroga, termine entro cui ogni previsione con essa contrastante deve essere emendata.

Il minor grado di tutela accordato a diritti ritenuti tradizionalmente simbolo della democraticità del sistema, come quello alla vita, alla libertà personale ed alla dignità, emerge altresì dalla assenza nel testo della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* di una clausola di rafforzamento che, al contrario, compare nella legge in materia di occupazione. Si identifica in questo modo il terzo elemento che getta luce sulla fragilità dei diritti nello Stato di Israele: la sez 12 della *Basic Law* di cui si discute rappresenta, infatti, l'eccezione rispetto a quanto statuito nelle altre 10 leggi fondamentali. Dopo aver fissato il principio di non sospensibilità o modificazione della propria portata da parte di leggi di natura emergenziale, essa è l'unica ad ammetterne una deroga in caso di stato di emergenza dichiarato. In presenza di tale presupposto le *emergency regulations* dell'esecutivo, se emanate per un giusto scopo e per il tempo strettamente necessario, possono di fatto limitare o violare qualsiasi diritto fondamentale, assumendo un valore giuridico superiore a quello costituzionale.

Nonostante ciò, una tra le principali preoccupazioni del *Likud party*, oggi al potere, è ancora legata all'eccessivo attivismo della Corte Suprema, accusata di essersi arrogata dei poteri che travalicano i limiti delle proprie attribuzioni. Dopo alcune dichiarazioni fatte da esponenti della maggioranza nel biennio 2011-2012, che minacciavano una modifica della *Basic Law: the Judiciary* finalizzata all'introduzione di una clausola di limitazione alle competenze della Corte, si è giunti nel 2013 ad un cambio di strategia. Oggi si sta infatti discutendo sulla modifica delle modalità di nomina dei giudici, ma soprattutto su un emendamento al testo della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, strutturato sulla falsariga della *notwithstanding clause*<sup>246</sup> introdotta nel 1994 nella legge

---

<sup>246</sup> La clausola di cui alla sez 8 della *Basic Law: Freedom of Occupation* recita: "A provision of law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4 (clausola di limitazione), if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which

sulla libertà di occupazione. Tale clausola permetterebbe di adottare una legge in violazione della clausola di limitazione della sez. 8, che potrebbe restare in vigore per un tempo determinato, salvo rinnovo successivo della *Knesset*. Con tale modifica si escluderebbe la possibilità di annullamento da parte della Corte Suprema e soprattutto si permetterebbe al legislatore di reintrodurre delle previsioni già dichiarate incostituzionali, rendendole eventualmente stabili all'interno del sistema<sup>247</sup>.

Nel quadro così delineato, ove nonostante gli sforzi della Corte Suprema esiste comunque un dato letterale difficilmente superabile, non possono che acquisire importanza decisiva le previsioni internazionali a tutela dei diritti umani. Esse, ponendo obblighi ineludibili allo Stato di Israele, rappresentano uno strumento ulteriore di controllo di legittimità delle misure adottate, soprattutto in materia di sicurezza nazionale e garantiscono altresì un sistema di monitoraggio costante da parte di organismi terzi ed imparziali.

Per meglio comprendere come il sistema giuridico deputato alla gestione dell'emergenza possa incidere sui rapporti tra i poteri dello Stato, sembra opportuno distinguere il ruolo giocato dall'esecutivo, rispetto a quello della *Knesset*.

### 3. *L'emergenza tra administrative orders e mandatory rules: il ruolo del Governo*

Un ulteriore nucleo normativo che caratterizza profondamente lo statuto giuridico dell'emergenza, trova la sua collocazione nelle leggi ereditate dal mandato britannico. Queste, infatti, non solo introducono nel sistema disposizioni dotate di applicabilità diretta, ma forniscono anche una base di legittimazione ai *military orders*, ovvero a qualsiasi altro tipo di misura straordinaria adottabile in assenza di un vaglio legislativo ed in forza del solo impulso del governo.

Il sistema israeliano ha subito la contaminazione delle previsioni adottate durante il regime coloniale sulla Palestina già dal 1948<sup>248</sup>, con l'effetto di poter implementare una

---

*expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein*".

<sup>247</sup> Vedi J. LIS, *Bennet teams up with coalition chair to curb Supreme Court power*, in *Haaretz*, 21 ottobre 2013.

<sup>248</sup> Tra di esse compaiono anche le *Emergency Regulations (Security Zones)*, pubblicate dalla prima *Knesset* solo nel 1949, ma di fatto ereditate dal mandato britannico, con cui si autorizzava il Ministro della difesa a dichiarare parte dei territori occupati "security zones". L'effetto era quello di impedire ai residenti di lasciare il territorio senza un permesso rilasciato dal comandante militare, impedire l'accesso ai non residenti, confiscare terre palestinesi ed assegnare residenze in altri luoghi. Tale controllo sulla popolazione araba non israeliana si è poi consolidato con l'adozione delle *Defence (Emergency)*

serie di poteri straordinari che andavano ben oltre a quelli che una qualsiasi altra democrazia avrebbe potuto vantare.

L'esempio simbolo della deriva autoritaria che lo Stato di Israele aveva così acquisito è rappresentato dalle previsioni delle *Defence (Emergency) Regulations 1945*<sup>249</sup>, leggi simbolo della lotta contro il terrorismo grazie ai poteri particolarmente ampi ed afflittivi che concedono, tra cui si annoverano quelli di demolire case, di deportare cittadini, di assegnare residenze, di censura e di applicazione del coprifuoco<sup>250</sup>. Esse risultano oggi applicabili sia nei territori occupati<sup>251</sup>, grazie alle previsioni degli artt. 43 della Convenzione dell'Aia del 1907 e dell'art. 64 della IV Convenzione di Ginevra<sup>252</sup>, sia nello Stato di Israele, poiché riconosciute legge nazionale dall'art. 11 della *Law and Administrative Ordinance* del 1948. Proprio quest'ultima previsione conferisce a tale *corpus* normativo una stabilità paradossalmente maggiore rispetto a molte altre leggi anti-terrorismo, poiché gli concede validità indipendentemente da un dichiarato stato di emergenza ed il potere di sospendere, in tutto o in parte, in casi di necessità, qualsiasi altra legge ordinaria.

---

*Regulations 1945*, che riconoscevano più ampi poteri ai *military commanders* designati, svincolando l'esercizio degli stessi dalla sopra richiamata dichiarazione del Ministro. Vedi sul punto A. KOHN, *Political Control and Crime: the Use of Defence (Emergency) Regulations during the Military Government*, in *Adalah's Review*, vol. 4, 2004, "In the Name of Security", pp. 23 ss.

<sup>249</sup> *Defence (Emergency) Regulations 1945*, reperibili on-line: <http://nolegalfrontiers.org/en/military-orders/mil02>. Vedi inoltre la *explanatory note* del governo inglese in *Palestine Gazette*, n. 1442, 1945, pp. 1105 ss.

<sup>250</sup> Vedi la parte X, "Restriction Orders, Police Supervision, Detention and Deportation", la parte XI, "Requisitioning", la parte XII, "Miscellaneous Penal Provisions" e la parte XIII, "Movement of Persons, Traffic".

<sup>251</sup> Nel 1967 ebbe inizio la c.d. "guerra dei sei giorni", a seguito della quale Israele ottenne dalla Giordania la Cisgiordania – che comprendeva le zone della *Judea* e della *Samaria*, oggi chiamate *West Bank* – dalla Siria le alture del Golan, perdendo però il Sinai che rientrò sotto il controllo dell'Egitto (la Striscia di Gaza era già sotto il controllo israeliano dal 1956). Per indicare i mutati confini, che dividono lo Stato di Israele dai territori occupati, si fa riferimento alla *Greenline*, così denominata poiché sulle cartine è tracciata in verde. Il 22 novembre 1967 il Consiglio di Sicurezza, nel quadro del capitolo VI della Carta ONU, adottò infatti la risoluzione n. 242 con la quale, alla luce del divieto di utilizzare la guerra come strumento di conquista e di annessione di nuovi territori, dichiarò che le zone di Gaza e *West Bank* avrebbero dovuto essere liberate quanto prima dalla potenza occupante. Vedi *UN Security Council Resolution, S/RES/242 (1967)*, 22 novembre 1967, reperibile on line: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/242\(1967\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/242(1967)).

<sup>252</sup> Art. 43, Convenzione dell'Aia: "L'autorità del potere legale passata di fatto nelle mani dell'occupante, impone a quest'ultimo di adottare tutte le misure in suo potere per ristabilire ed assicurare, per quanto possibile l'ordine pubblico e la vita pubblica, rispettando, salvo impedimento assoluto, le leggi vigenti nel paese".

Art. 64, IV Convenzione di Ginevra: "La legislazione penale del territorio occupato rimarrà in vigore, ma potrà essere abrogata o sospesa dalla Potenza occupante nella misura e nel caso in cui essa costituisca una minaccia per la sicurezza della Potenza o costituisca un ostacolo per l'applicazione della presente Convenzione".

Attraverso tale meccanismo il sistema si è dotato di una legislazione parallela che permette trattamenti differenziati a seconda del tipo di reato commesso, del tipo di autore e della presunta pericolosità delle attività anche meramente preparatorie al compimento di atti contrari all'ordine pubblico.

Le *Defence (Emergency) Regulations* vennero adottate in un clima molto teso e denso di critiche, basti pensare alla strenua opposizione offerta dalla *Jewish Bar Association*, che denunciò come i poteri concessi alla autorità britannica privassero la popolazione palestinese dei diritti fondamentali. Essendo state pensate per contrastare le rivolte contro l'impero britannico, esse mettevano inoltre a rischio la giustizia, costituendo un grave pericolo per la vita e la libertà dei singoli, a cui venivano imposte regole arbitrarie e sottratte al controllo delle Corti<sup>253</sup> al solo scopo di punire il dissenso e bloccare l'autodeterminazione. Nonostante ciò, uno tra i primi atti del neo-nato Stato di Israele fu proprio il riconoscimento delle *DER* come legge nazionale, da applicarsi non solo all'interno dei confini, ma anche nei territori sottoposti ad occupazione bellica, quale "legislazione ponte" tra due realtà che, pur non comunicando paritariamente, si trovano comunque costrette a convivere.

Negli anni, tuttavia, la validità di tale *statute* è stata messa ancora in discussione, questa volta però dalla fazione opposta, ovvero dai palestinesi che sopportavano le privazioni dell'occupazione e la limitazione dei propri diritti da parte dei comandanti dell'esercito israeliano: in relazione soprattutto a questioni riguardanti la deportazione di soggetti ritenuti pericolosi verso altri Stati, si denunciò la non applicabilità della sez. 112 *DER*, poiché quella stessa legge era stata ufficialmente abrogata dalla Gran Bretagna il 12 maggio 1948, attraverso l'approvazione del *Palestine (Revocations) Order in Council*<sup>254</sup>. Si sostenne inoltre che, dopo l'occupazione della *Judea* e *Samaria* (oggi chiamate *West Bank*) da parte dell'esercito giordano, il re Abdullah di Giordania

---

<sup>253</sup> Vedi *Hapraklit (the Lawyer)*, vol. 3, n. 2, 1946, p. 62. Sulla stessa linea si pone la *dissenting opinion*, del giudice Kassan, nel caso *Herzel Cook and Ziborah Wienerski v. the Minister of Defence et al.* del 1948: «*These laws and their aims are well known...Believing as I do that these laws are essentially invalid, I should not be asked to act against my conscience merely because the present government has not yet repealed them, though its members declared them illegal as soon as they were passed...If the court of the British Mandate did not cross these laws off the statute book, this court is honor bound to do so and to utterly eradicate them*». Traduzione dall'ebraico tratta da AL-HAQ, *Perpetual Emergency: a Legal Analysis of Israel's Use of the British Defence (Emergency) Regulations, 1945 in the Occupied Territories*, 1989, p. 46. Testo reperibile on-line:

<http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/perpetual-emergency-a-legal-analysis-of-israel-s-use-of-the-british-defense-emergency-regulations-1945-in-the-occupied-territories>.

<sup>254</sup> Vedi *Statutory Instruments*, 1948, vol. 1, n. 1004, p. 1350.



attraverso l'emanazione dell'*Addendum to the Trans-Jordan Defence Law*<sup>255</sup>, rese applicabile la legge nazionale giordana in tutti i territori in qualsiasi modo da lui amministrati o controllati.

Quando però, a seguito della guerra dei sei giorni, i territori di *West Bank* vennero occupati dallo Stato di Israele, i *military commanders* emanarono la "*Law and Administration Proclamation*"<sup>256</sup>, con cui si statuiva che tutte le leggi in vigore su quel territorio dovevano rimanere valide, a meno che non fossero contrastanti con quest'ultima, e poi due *Interpretation Orders*. Il primo disponeva che, per produrre effetti, le leggi approvate dal novembre 1947 fino al 15 maggio 1948 dovevano essere state pubblicate nella gazzetta ufficiale palestinese<sup>257</sup>; il secondo precisava che la legislazione di emergenza in vigore poteva essere abrogata solo attraverso una legge ordinaria che in modo espreso e con indicazione nominale la dichiarava nulla<sup>258</sup>.

Tali previsioni resero quindi difficile sostenere le posizioni avanzate da molti ricorrenti avanti alla Corte Suprema. Il *Palestine (Revocations) Order in Council*, di fatto, non venne mai pubblicato e questo perché da un lato, non esisteva alcun obbligo giuridico gravante sull'autorità britannica che imponesse di fare fronte a tale adempimento e, dall'altro lato, la gazzetta palestinese non venne più pubblicata dopo l'aprile del 1948 a causa dello scoppio della guerra civile. Inoltre, l'*Addendum to the Trans-Jordan Defence Law* non aveva abrogato la *DER* in modo espreso, ma aveva prodotto solo una abrogazione tacita, in forza del fatto che numerose sue previsioni contrastavano apertamente con quelle in vigore secondo la legge giordana<sup>259</sup>.

La Corte Suprema riconobbe quindi più volte la piena validità delle *mandatory rules* e, pur ammettendo che molte misure da essa autorizzate fossero sproporzionate o comunque eccessivamente gravose, precisò la sua incompetenza a decidere nel merito di tali previsioni, rimarcando che solo il legislatore avrebbe potuto sostituire le *DER* con

<sup>255</sup> Vedi *Addendum* n. 20 of 1948, in *Jordanian Official Gazette*, n. 945, 1948, p. 183.

<sup>256</sup> Vedi *Territories Administered by Israel: Military Proclamations, Orders and Judicial Decisions: Extracts*, in *Isr. Y.B. Hum. Rts*, 1971, p. 419.

<sup>257</sup> L'*Interpretation Order* n. 160, appendice c), prevede: "(...) any Hidden Law does not have, or has ever had, any effect". L'art. 1 dello stesso ordine definisce come *Hidden Law*: "any legislation, whatever it is, which was enacted between 29 November 1947 and 15 May 1948 and which was not published in the official Gazette, in spite of the fact that it was the kind of legislation whose publication in the official Gazette was required during that period whether by necessity or custom".

<sup>258</sup> L'*Interpretation Order* n. 224, art. 2 sub. b), prevede: "Emergency legislation is rendered null and void solely by legislation which is not emergency legislation and which explicitly repeals it by name".

<sup>259</sup> AL-HAQ, *Perpetual Emergency*, op.cit., pp. 3-16.

una nuova legge nazionale, ovvero modificarne le previsioni se considerate contrastanti con le norme “costituzionali” o altri obblighi internazionali vincolanti<sup>260</sup>.

L'intervento della *Knesset* si ebbe solo dopo l'elezione a primo Ministro di Menachem Begin, esponente di estrema destra, i cui membri di partito avevano per anni subito lunghe detenzioni amministrative per le opinioni espresse e per le azioni di protesta, in applicazione della sez. 111 *DER*, nonostante la previsione fosse considerata arbitraria, poiché sottratta al *judicial review*. Per tale motivo la nuova maggioranza si adoperò per la modifica della legislazione in materia di *preventive detention*, giungendo nel 1979 alla definitiva approvazione della *Emergency Powers (Detention) Law*<sup>261</sup>. Essa, seppur dipendente dallo stato di emergenza e non destinata a sostituire *tout court* la sez. 111 - applicabile ancora oggi nei territori occupati<sup>262</sup> - rese comunque possibile l'introduzione di una procedura maggiormente garantista per quanto vincolata, *ratione loci*, al solo Stato di Israele<sup>263</sup>. La sez. 2 lett. (a) e (b) permette infatti al Ministro della difesa di emettere ordini di detenzione contro soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza

---

<sup>260</sup> Per un approfondimento relativo alle argomentazioni poste a fondamento dell'intervenuta abrogazione delle *DER* vedi J.R. HILTERMANN, *Israel's Deportation Policy in the Occupied West Bank and Gaza*, in *Pal. Y.B. Int'l L.*, 1986, pp. 160 ss. Per comprendere la posizione della Corte Suprema vedi HCJ, 513/85, *Nazzal et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*, in 16 *Isr. Y.B. Hum. Rts.*, 1986, p. 329 ss. Più di recente HCJ 5211/04, *Vanunu v. Head of the Home Front Command*, reperibile on-line: <http://elyon1.court.gov.il>. Il giudice Matza precisa: «*The Defence (Emergency) Regulations, 1945, are primary Mandatory legislation, which upon the establishment of the State of Israel became-by virtue of section 11 of the Government Administration and Law Ordinance, 5708-1948-incorporated into Israeli law. Soon after the establishment of the State it was argued before the Supreme Court that the Defence Regulations should be repealed (as required by the latter part of section 11 of the Ordinance), due to "changes arising from the establishment of the State and its authorities." Rejecting this argument, the Court ruled that the Defence Regulations remain in force and had been incorporated into Israeli law, and it was up to the legislature to change or repeal them .... Over the years this ruling was reinforced many times*».

<sup>261</sup> *Emergency Powers (Detention) Law n. 5739/1979*, testo integrale reperibile on-line: [http://www.btselem.org/sites/default/files/1979\\_emergency\\_powers\\_law\\_detention.pdf](http://www.btselem.org/sites/default/files/1979_emergency_powers_law_detention.pdf).

<sup>262</sup> La sez. 111 *DER* rimane ad oggi inapplicata, poiché nella zona di *West Bank* la detenzione amministrativa, della durata di sei mesi suscettibili di rinnovo, è regolata dall'*Order Regarding Administrative Detentions (Temporary Order) (Judea and Samaria) No. 1591* del 2007, che ha sostituito il *Temporary Order No. 1226* del 1988. Il testo, nella versione ora in vigore, è reperibile on-line: <http://nolegalfrontiers.org/military-orders/mil07?lang=en>. L'ordine prevede che il detenuto venga portato davanti ad un giudice militare entro 8 giorni dall'arresto e conferisce poi il diritto di proporre appello avverso la decisione di quest'ultimo ad una Corte militare, in composizione collegiale. Al contrario, nella zona di Gaza si applica oggi la *Internment of Unlawful Combatant Law, 5762-2002*.

<sup>263</sup> La legge del 1979 è applicabile solo all'interno dello Stato di Israele, ma nel 1980 si decise di espandere la sua *ratio* anche nei territori di *West Bank* e nella striscia di Gaza, attraverso un emendamento alle *Defence (Emergency) Regulations* e la previsione dell'obbligo di *judicial review* sulla ragionevolezza dell'ordine di detenzione, che doveva intervenire dopo al massimo 96 ore dall'arresto. Tale emendamento rimase in vigore fino al 1987, anno in cui ebbe inizio la prima *Intifada* e non venne più riproposto. Per un approfondimento vedi J. QUIGLEY, *Israel's Forty-Five Year of Emergency: Are There Time Limits to Derogation from Human Rights Obligations?*, in 15 *Mich. J. Int'l L.*, 1994, pp. 494-495.

pubblica, ma solo per una durata massima di sei mesi, benché suscettibili di rinnovo. Prevede inoltre che i destinatari di tale ordine debbano essere portati, entro 48 ore, davanti al Presidente della *District Court* per la verifica dei presupposti della detenzione, pena l'obbligo di rilascio immediato del soggetto<sup>264</sup>.

L'ampio arsenale di poteri straordinari concessi all'esecutivo da parte di fonti così variegata all'interno dell'ordinamento, ha fatto sorgere dubbi circa la compatibilità delle previsioni della *DER* con quanto previsto dalle sezz. 38 e 39 della *Basic Law: the Government*.

La Corte Suprema, chiamata a decidere su tale delicata questione e decisa ad ampliare quanto più possibile le occasioni di controllo da parte di altri rami dell'ordinamento sul governo, ha dichiarato le *mandatory rules* strumenti normativi complementari ai provvedimenti d'urgenza del governo, pur stabilendo che tutte le future *emergency regulations* avrebbero dovuto essere adottate solo attraverso *administrative orders*, ai sensi dell'art. 9 della *Law and Administrative Ordinance*, e non con richiamo a quanto previsto nelle *Emergency (Defence) Regulations*<sup>265</sup>.

#### 4. L'emergenza nel sistema normativo: il ruolo della Knesset

Nella definizione delle fonti di regolamentazione dell'emergenza ha assunto un ruolo sempre crescente l'intervento del parlamento e dunque della legge ordinaria, come strumento di definizione delle facoltà e dei limiti da riconoscere ad ogni singolo organismo che si trovi ad operare nel contesto della crisi. L'approccio prevalente al problema della delimitazione delle misure di prevenzione e contrasto al terrorismo fu inizialmente minimalista, cioè caratterizzato da una forte reticenza del Parlamento ad intervenire, per evitare di dover imporre argini legislativi all'azione dell'esecutivo o di ratificare formalmente misure che incidessero in modo sproporzionato sui diritti umani, se non addirittura assunte in violazione degli stessi<sup>266</sup>.

<sup>264</sup> Benché la procedura adottata permetta di arginare più di prima le detenzioni arbitrarie, si è fatto notare come molto spesso le udienze vengano svolte a porte chiuse, in assenza dell'imputato ed a volte anche del difensore e soprattutto con l'utilizzo di prove segrete, condizione questa che limita fortemente il diritto di difesa, svuotando di contenuto la *ratio* del giusto processo. Vedi E. GROSS, *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, in *18 Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, 2001, pp. 760 ss.

<sup>265</sup> Vedi H.C. 10/48, *Ziv v. Gubernik*, richiamata da M. SHAMGAR, *On the Need for a Constitution*, pp. 76-77, in R. COHEN-ALMAGOR (eds.), *Israeli Institutions at the Crossroad*, Routledge, London, 2005.

<sup>266</sup> Ne sono un esempio gli omicidi mirati, la limitazione della libertà di movimento, la chiusura di certe aree dichiarate "military zones", l'imposizione di coprifuochi, le deportazioni di massa.

Il *self-restraint* della *Knesset*, durato sino agli anni '90, era però giustificato dalla tendenza a riconoscere il governo come attore principale, se non esclusivo in seno all'emergenza e dal limitato attivismo della Corte Suprema, che fino a quel momento non aveva richiesto una autorizzazione legislativa *ex ante* per l'adozione di misure preventive di natura amministrativa. Non bisogna infatti dimenticare che le maggiori minacce alla sicurezza provenivano dai territori palestinesi e che per fronteggiarle l'esecutivo, o meglio l'*Israeli Defence Force* (IDF), poteva contare sulle clausole elastiche delle legislazione umanitaria: la Convenzione dell'Aia, all'art. 43, permette infatti alla potenza occupante di adottare tutte le misure ritenute necessarie per ristabilire ed assicurare, per quanto possibile, l'ordine pubblico e la vita pubblica.

Il vero cambio di rotta fu profondamente influenzato dalla rivoluzione costituzionale segnata dalla adozione della *B.L.: Human Dignity and Liberty*, dall'aumentato potere della Corte Suprema e dal maggiore controllo sullo Stato di Israele esercitato dalla comunità e dei tribunali internazionali.

La Corte, richiamando la *limitation clause* della sez. 8 della B.L. sulla dignità umana, che impone criteri rigidi di limitazione delle libertà fondamentali, con il passare del tempo ha consolidato un orientamento finalizzato all'espansione del principio di legalità: i poteri di natura emergenziale con cui si introducono misure che incidono sui diritti umani, infatti, devono essere autorizzati con legge del Parlamento<sup>267</sup>, affinché se ne possa assumere la responsabilità politica. Il maggiore beneficio connesso alla limitazione *ex-ante* dell'azione dell'esecutivo è dunque il processo di deliberazione pubblica che lo anticipa: coloro che sono chiamati a concedere particolari autorizzazioni o a supportare misure straordinarie sono obbligati anche ad esporre all'opinione pubblica il processo decisionale seguito, i dati empirici raccolti, la valutazione dei rischi e quella relativa ai costi, nonché la ritenuta efficacia di quanto si chiede di deliberare. Mettendo in luce la competenza esclusiva del legislatore, quale simbolo della democrazia rappresentativa, a risolvere i c.d. "*moral dilemmas*" connessi all'uso della

---

<sup>267</sup> Vedi HCJ 3267/97, *Rubinstein v. Minister of Defence*, testo della decisione reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/97/670/032/A11/97032670.a11.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/97/670/032/A11/97032670.a11.pdf). Vedi inoltre HCJ., 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. State of Israel*, con cui la Corte Suprema ha lanciato un monito al legislatore, invitandolo ad assumersi la responsabilità di risolvere "dilemmi morali", come l'autorizzazione all'utilizzo di metodi di interrogatorio violenti, in presenza di un supposto stato di necessità (*ticking bomb theory*). A seguito di tale *decisum* la *Knesset* ha per la prima volta regolato *ex lege* i poteri del *General Security Service*.

forza<sup>268</sup>, si impone anche di sottoporre il suo operato al controllo diffuso della collettività.

Anche sul piano dei controlli della Corte sono stati raggiunti grandi traguardi, uno tra tutti è la facoltà di esercitare il *judicial review* nei confronti delle decisioni di natura militare, attraverso un vaglio di proporzionalità e ragionevolezza<sup>269</sup>, i cui criteri e *standards* sono stati oggetto di ampia elaborazione da parte dei giudici israeliani.

Tuttavia, se è vero che il superamento dell'approccio minimalista ha segnato anche la stagione dell'attivismo della *Knesset* in materia di sicurezza nazionale, l'effetto non è stato quello da molti sperato: invece di ottenere la formulazione *ex lege* degli *standards* idonei a limitare l'uso sproporzionato della forza, si è fornita, al contrario, una autorizzazione espressa all'utilizzo di misure da considerarsi altrimenti proibite<sup>270</sup>.

Il parlamento dimostra in tal modo di porsi alla ricerca di un difficile equilibrio tra istanze di sicurezza e preoccupazioni per i diritti individuali, evitando di prendere decisioni che potrebbero dimostrarsi controproducenti per la lotta al terrorismo, in ragione del fatto che “legare le mani all'esecutivo” potrebbe non solo privarlo della sua capacità di reazione alla minaccia, ma anche assumere una carica simbolica tale da minare la fiducia dei consociati, che potrebbero non sentirsi protetti dal proprio Stato.

Alcuni esempi di tale atteggiamento cauto, e per certi versi profondamente paternalistico, che preferisce dare vita e rafforzare un secondo binario di regole da

---

<sup>268</sup> Per un approfondimento relativo ai pro ed ai contro della definizione legislativa dei limiti di intervento dell'esecutivo, in materia di anti-terrorismo vedi B. MEDINA, *Legislating Responses to Security Threats: The Requirement of Legislative Authority to Take Anti-Terrorist Measures*, in F. FU-T. LIAO (a cura di), *Constitutional Interpretation*, Justitium Jurisprudentiae of Academia Sinica, Taiwan, 2013, in pubblicazione. Reperibile on-line: <http://law.huji.ac.il/upload/Medina.Responses.to.Security.Threats.pdf>. Vedi inoltre C. MARTIN, *Taking War Seriously: A Model for Constitutional Constraints on the Use of Force in Compliance with International Law*, in 76 *Brook. L. Rev.*, 2011, pp. 601 ss.

<sup>269</sup> Vedi Y. DOTAN, *Legalising the Unlegalisable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001*, pp. 190 ss., in M. HERTOIGH-S. HALLIDAY (a cura di), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2004. Vedi inoltre HCJ. 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. State of Israel*, in materia di metodi di interrogatorio utilizzati dai servizi segreti su sospetti terroristi; HCJ, 3799/02, *Adalah v. GOC Central Command IDF*, sul divieto imposto all'esercito israeliano di utilizzare la popolazione civile palestinese come “scudo umano”; HCJ, 2150/07, *Abu Safiyea v. Minister of Defence*, sul divieto di bloccare su alcune strade il transito di qualsiasi macchina guidata da palestinesi residenti nei territori occupati, a seguito di attacchi terroristici commessi su queste ultime.

<sup>270</sup> Per una puntuale e coerente disamina del mutato ruolo della *Knesset* in relazione al contrasto alle *security offences* vedi B. MEDINA, *The Role of the Legislature in Determining Legitimate Responses to Security Threats: The Case of Israel*, in G. SAPIR-D. BARAK EREZ-A. BARAK (a cura di), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Hart Publishing, Oxford, 2013, in corso di stampa. Il testo è reperibile anche on-line: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2277829](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2277829).

applicare in casi di terrorismo anziché assumersi delle responsabilità in relazione a tale fenomeno, si trovano in materia di intercettazioni, custodia cautelare ed interrogatori.

La sez. 4 della *Wiretap Law 5739-1979*, ad esempio, impone il divieto generale di disporre intercettazioni preventive in assenza di un ordine del giudice, fatta eccezione per quelle disposte dalle “agenzie di sicurezza” – anche in materia di terrorismo – che può agire con la sola autorizzazione del Ministro della difesa, e quindi in assenza del vaglio garantista di una Corte.

Altra legge fortemente criticata, poiché adottata come *temporary order* nel 2006 e prorogata fino al 2015 (da ultimo con emendamento del 2010) è la *Criminal Procedure Law (A Detenue Suspected of Security Offences) (Temporary Order)*<sup>271</sup>. L’art. 3 autorizza il *General Security Service (GSS)* ad arrestare e detenere fino a 96 ore (rispetto alle ordinarie 48) un sospettato di *security offences*<sup>272</sup> – ovvero reati connessi ad attività terroristica o comunque idonei a minare la sicurezza nazionale – prima di formulare a suo carico un’imputazione e di tradurlo di fronte ad un giudice. Quest’ultimo inoltre può prolungare il periodo di detenzione fino a 93 giorni (anziché i normali 15) anche *de plano*, ovvero in assenza di contraddittorio con il detenuto o con il suo difensore<sup>273</sup>.

L’obbligo introdotto nella *Criminal Procedure Law (Interrogation of Suspects)*<sup>274</sup> del 2002, di video-registrare gli interrogatori di soggetti sospettati di avere commesso reati punibili con pena edittale superiore ai 10 anni mostra un approccio ancora diverso da parte del Parlamento in materia di sicurezza nazionale. In tal caso, infatti, la modifica era stata pensata per porre fine agli episodi di trattamenti inumani e degradanti finalizzati all’ottenimento di confessioni, ma essa ha avuto un effetto solo simbolico nel

<sup>271</sup> Il testo integrale della legge è reperibile on-line: <http://nolegalfrontiers.org/en/israeli-domestic-legislation/criminal-procedure/criminal02>.

<sup>272</sup> L’art. 1 statuisce che per “*security offense*” si deve intendere: “*an offense as described below, committed in relation to terrorist activities and under circumstances that may have harmed the security of the State*”.

<sup>273</sup> L’emendamento del 2010 pone nel nulla la decisione della Corte Suprema dello stesso anno che aveva dichiarato incostituzionale la previsione dell’art. 5 della legge del 2006, che autorizzava il giudice ad estendere il periodo di detenzione del sospettato in sua assenza. Tale prassi, infatti, faceva aumentare il rischio che quest’ultimo venisse sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti in sede di interrogatorio. Per una disamina completa e puntuale vedi R. AYOUB, *The Criminal Procedure Law and the Absent “Security Suspect”: More Time to Interrogate and Torture*, in *Adalah Newsletter*, vol. 105, giugno 2013; I. ROSENZWEIG-Y. SHANI, *Israeli Supreme Court Decision: A Suspect Charged with Security Offences Must Be Allowed To Attend Judicial Detention Hearings [CHR 8823/07]*, in *Terrorism and Democracy*, 2010.

<sup>274</sup> Il testo integrale della legge è reperibile on-line: <http://nolegalfrontiers.org/israeli-domestic-legislation/criminal-procedure/criminal05?lang=en>.

sistema, dovuto alle continue dilazioni alla sua entrata in vigore. La *Knesset* non si è rifiutata di prendere posizione ma, al contrario, ha utilizzato delle clausole di stile per procrastinare l'operatività di tale emendamento. L'art. 17 prevede, infatti, una deroga espressa all'obbligo di registrazione, della durata di iniziale di 9 anni, destinata ad operare solo in relazione agli interrogatori effettuati nei confronti di sospettati di *security offences*, prorogata poi di ulteriori tre anni con un nuovo emendamento del 18 giugno 2012<sup>275</sup>.

Da ultimo, si deve comunque dare atto degli sforzi fatti da legislatore per introdurre degli strumenti di controllo sull'uso della forza in operazioni legate alla sicurezza nazionale, attraverso lo sfruttamento del lavoro dei comitati. Ne è un esempio l'obbligo imposto ai vertici del *GSS* e dell'esercito, di sottoporre dei *reports* sulle attività in corso al comitato degli affari esteri e della difesa, nonché allo *State Controller*, organo indipendente a cui vengono riconosciuti poteri di inchiesta, tenuto a sua volta a stilare delle relazioni da trasmettere allo *State Control Committee* istituito in seno alla *Knesset*. Tuttavia, lo sfruttamento di tali organismi di controllo sconta purtroppo delle forti limitazioni legate alla ridotta libertà di azione ad essi riconosciuta: essi non possono infatti imporre obblighi di comparire, testimoniare o rendere dichiarazioni, non possono imporre sanzioni in caso di false informazioni e non possono neppure imporre obblighi di *disclosure* al governo, che spesso si "rifugia" nella prassi della secretazione per motivi di sicurezza<sup>276</sup>.

#### *Segue: Leggi dipendenti v. leggi indipendenti*

La suddivisione delle leggi legate alla sicurezza nazionale ed al contrasto al terrorismo in due categorie, mette ulteriormente l'accento sul *patchwork* normativo che il parlamento sta costruendo e sul fatto che i poteri d'emergenza siano ormai diventati un vero e proprio strumento di governo.

Con il termine "leggi dipendenti" si fa riferimento a tutte le previsioni che sono subordinate, ai fini della propria vigenza, alla perpetuazione dello stato d'emergenza,

<sup>275</sup> Tale emendamento fu aspramente criticato da parte delle associazioni a tutela dei diritti umani, che lo denunciarono come ennesimo provvedimento che, seppur in modo indiretto, aumenta il rischio di utilizzo di tecniche di interrogatorio illegittime e di utilizzo di confessioni estorte con tortura. Vedi sul punto Y. SHANI-I. ROSENZWEIG, *The Amendment of the Criminal Procedure Law: Encouraging the Use of Inappropriate Interrogation Methods*, in *Haaretz*, 22 luglio 2012.

<sup>276</sup> Vedi, per un approfondimento C. FRIEDBERG-R.Y. HAZAN, *Israel's Prolonged war Against Terror: from Executive Domination to Executive-Legislative Dialogue*, in *J. Legisl. Stud.*, 2009, pp. 262 ss.

mentre con il termine “leggi indipendenti” si fa rinvio a quelle adottate in materia di sicurezza, che non subiscono alcun condizionamento esterno<sup>277</sup>.

Preme sottolineare che tra le prime si annoverano due leggi particolarmente importanti in materia di terrorismo: la *Emergency Powers (Detention) Law 1979* e la *Prevention of Terrorism Ordinance 5708-1948* che, in combinato con la legge contro il finanziamento alle organizzazioni criminali, dà una definizione di organizzazione terroristica, delinea le figure del partecipe e del favoreggiatore e contiene previsioni in ordine alle condotte di supporto punibili, all’onere della prova, alla confisca di proprietà. Con essa si riconosce altresì al governo, ed in particolare al Primo Ministro, la facoltà di stilare le *black-lists* di organizzazioni ritenute terroristiche, che fungono da presunzione relativa in sede processuale.

Il quadro appena delineato dimostra la fondatezza delle critiche mosse allo Stato di Israele in materia di emergenza, dato che quest’ultima, perdendo definitivamente i suoi connotati tipici, si è ormai trasformata in una questione di mera opportunità politica. Porre fine allo stato di emergenza, infatti, avrebbe come effetto immediato la creazione di un *legal vacuum* all’interno dell’ordinamento, che farebbe perdere efficacia ad una fetta consistente del sistema giuridico nazionale. Per altro verso, comunque, tra le leggi indipendenti si annoverano spesso delle semplici trasposizioni in legislazione ordinaria di regolamenti d’emergenza, così come è accaduto in materia di istigazione a delinquere ed istigazione all’odio razziale, ove si è assistito ad una semplice traduzione delle previsioni della *Prevention of Terrorism Ordinance* all’interno del codice penale israeliano<sup>278</sup> che, in assenza di modifiche o di adattamenti, hanno segnato una prima tappa verso la normalizzazione dell’emergenza e la sua istituzionalizzazione nel sistema giuridico.

##### 5. La complessità dell’occupazione

Nel 1967, a seguito della guerra dei sei giorni, lo Stato di Israele ha sottratto la zona di *West Bank* alla Giordania. Come previsto a livello internazionale, la potenza occupante

<sup>277</sup> Tale partizione è tratta da A. DOWTY, *The use of Emergency Powers in Israel*, in *Middle East Rev.*, 1988, pp.34-46.

<sup>278</sup> La previsione dell’art. 4, lett. a), della *Prevention of Terrorism Ordinance*, rubricato “*Supporting a terrorist organization*” è stata trasferita nella sez. 144 del codice penale israeliano, sotto la rubrica “*Incitement to racism, violence and terror*”, che rappresenta oggi lo strumento principe nel contrasto alle condotte di agevolazione e supporto al terrorismo.



non può anettere formalmente i territori conquistati, ma può solo stabilire un governo transitorio, destinato a durare sino al totale ritiro delle truppe occupanti ed il ripristino della sovranità dello Stato occupato<sup>279</sup>.

Tuttavia, i territori palestinesi della Cisgiordania, nonostante gli inutili sforzi fatti al tavolo delle trattative, sono ancora amministrati dallo Stato di Israele, secondo una complessa trama di leggi di matrice nazionale ed internazionale. Da un lato, infatti, la Convenzione dell'Aia sulle leggi ed i costumi della guerra, sebbene preveda che l'occupante debba fare salva la validità delle leggi in vigore sul territorio, attraverso la previsione di clausole elastiche a tutela dell'ordine pubblico, conferisce alle autorità militari israeliane ampi e spesso incontrollati poteri di governo. Tali poteri trovano altresì fondamento ed ulteriore base giuridica nelle *Emergency (Defence) Regulations*<sup>280</sup>, ritenute vigenti al momento dell'occupazione e dunque ancora oggi legittimamente applicabile nei c.d. "territori".

Sembra quindi opportuno dare conto, sebbene per sommi capi, di come il problema dell'amministrazione della *Judea* e della *Samaria* (si esclude dalla trattazione la Striscia di Gaza che gode di una condizione giuridica *sui generis*) vada a rendere ancora più stratificato il quadro della legislazione finalizzata alla repressione ed al contrasto alle attività illecite contro la sicurezza e l'ordine pubblico.

Uno schema generale si può tracciare con un richiamo preliminare alle Convenzioni dell'Aia ed alle Convenzioni di Ginevra (soprattutto la IV), per poi passare alle leggi nazionali, tra cui quelle di origine ottomana e giordana, ma soprattutto le *Defence (Emergency) Regulations*, che rappresentano il vero *punctum dolens* per le sue ricadute sui diritti individuali.

Scendendo nel dettaglio, si precisa che per il governo israeliano la questione relativa alla applicabilità della IV Convenzione dell'Aia non è per nulla controversa, poiché essa è considerata consuetudine internazionale e per questo direttamente vincolante anche

---

<sup>279</sup> Vedi in particolare l'art. 2, par. 4 della Carta ONU e la risoluzione 2625 (XXV) dell'Assemblea Generale ONU, in cui si statuisce il divieto di minaccia o di uso della forza e l'illegalità di qualsiasi annessione territoriale intervenuta attraverso tali strumenti.

<sup>280</sup> La frammentazione della legislazione riflette anche quella del territorio ove, a seguito degli Accordi di Oslo del 1993, si sono distinte tre diverse aree: area A, sotto il pieno controllo dell'Autorità palestinese; area B, sottoposta a governo misto (Autorità palestinese per le questioni civili ed amministrative ed esercito israeliano per le questioni legate alla sicurezza); area C, sottoposta al controllo militare israeliano.

per lo Stato di Israele, soprattutto in relazione alle previsioni della sezione III, relativa alle “*prerogative del comandante militare in zona occupata*”.

I problemi maggiori si riscontrano nel quadro del diritto umanitario di guerra. In particolare, il vero problema riguarda il valore da accordare alla IV Convenzione di Ginevra, per la tutela dei civili in tempo di guerra, dato che parte di essa è considerata diritto consuetudinario, altra parte, al contrario, è considerata diritto convenzionale, vincolante solo nella misura in cui sia stata ratificata e trasposta in legge nazionale. Lo Stato di Israele, non avendo proceduto alla formale ratifica della Convenzione, escludeva dunque la possibilità che le sue Corti ne potessero legittimamente richiamare le previsioni quale parametro di legittimità delle misure applicate nei territori occupati, neppure se esse fossero state riconducibili allo *jus cogens*.

Ancora oggi, infatti, il governo israeliano esclude di essere giuridicamente vincolato all'applicazione della IV Convenzione ai territori della Striscia di Gaza e della ex-Cisgiordania (*Judea e Samaria*), poiché non riconosce come legittimo il governo che Egitto e Giordania avevano esercitato su quei territori fino al 1967. Dato che quest'ultimo non aveva ottenuto neppure l'avvallo ufficiale della comunità internazionale, sarebbe stato un non-senso parlare di “occupazione” in relazione ad un territorio mai stato sottoposto alla legittima sovranità di un altro Stato. Tale argomentazione era altresì supportata dal richiamo alla lettera dell'art. 2, par. 2, della IV Convenzione di Ginevra che, nel delinearne l'ambito di applicazione, fa espresso riferimento all'ipotesi di “occupazione parziale o totale del territorio di un'Alta Parte contraente”<sup>281</sup>.

Nonostante ciò, nel 1970, il governo israeliano dichiarò che da quel momento in poi avrebbe agito nel rispetto delle previsioni di carattere consuetudinario delle Convenzioni di Ginevra, soprattutto per la tutela dei civili in tempo di guerra, escludendo però di ritenersi vincolato all'intero corpo normativo, vista la mancanza di una ratifica formale<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Vedi, per gli opportuni approfondimenti, Y.Z. BLUM, *The Missing Revisioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, in 3 *Isr. L. Rev.*, 1968, pp. 279 ss.; più di recente B. DAYANIM, *The Israeli Supreme Court and the Deportation of Palestinians: the Interaction of Law and Legitimacy*, in 30 *Stan. J. Int'l L.*, 1994, pp. 143 ss.

<sup>282</sup> Cfr. AL-HAQ, op.cit., pp. 21 ss.; vedi inoltre M. SHAMGAR, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage*, pp. 43-45, in M. SHAMGAR (a cura di), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980*, Harry Sacher Institute for Legislative Research and

Preme precisare che le argomentazioni avanzate dallo Stato di Israele non sono mai state accolte da parte degli altri Stati firmatari delle Convenzioni, tanto che sia il Comitato internazionale della Croce Rossa<sup>283</sup>, sia il Consiglio di Sicurezza<sup>284</sup>, si pronunciarono fin da subito contro tale politica, sottolineando che una simile interpretazione avrebbe portato alla intollerabile conseguenza di lasciare privi di qualsiasi garanzia proprio i soggetti che il diritto umanitario di guerra impone di proteggere. Allo stesso modo, la Corte internazionale di giustizia, nel suo parere consultivo sulla costruzione della barriera di sicurezza, rigettò l'interpretazione del governo israeliano, ricordando come l'occupazione di Gaza e della Cisgiordania derivasse in realtà dalla “guerra dei sei giorni”. In forza di tale elemento, per definire il campo applicativo della IV Convenzione di Ginevra, essa richiamò il par. 1 dell'art. 2, posto che solo quest'ultimo (e non il par. 2) fa riferimento al caso di “guerra dichiarata” o di “qualsiasi altro conflitto armato tra due o più delle Alte Parti contraenti”, anche nell'ipotesi in cui lo stato di guerra non sia stato riconosciuto da una di esse<sup>285</sup>.

La circostanza che il par. 2 contempli la sola occupazione di territori appartenenti ad un'Alta Parte Contraente, a parere della Corte, non poteva imporre di restringere lo spazio di applicazione *ratione materiae* della Convenzione ma, al contrario, aveva lo scopo di estenderla alle occupazioni di territori stranieri, intervenute in mancanza di resistenza armata ed al di fuori di un attacco bellico tradizionale.

Spostando l'argomentazione sul piano interno, ed in particolare sulla legislazione già in vigore al momento dell'occupazione, si nota come esistano una serie di previsioni che spesso si sovrappongono le une alle altre, conferendo all'autorità deputata all'amministrazione del territorio un potere che trova la sua legittimazione non solo in differenti giurisdizioni, ma anche in diverse fonti.

Un esempio tra molti è quello relativo al potere di demolire case, indifferentemente concesso dall'art. 53 della IV Convenzione di Ginevra<sup>286</sup>, dalla *Trans-Jordan Defence*

---

Comparative Law, Jerusalem, 1982; N. BAR-YAACOV, *The Applicability of the Laws of War to Judea e Samaria (the West Bank) and the Gaza Strip*, in *24 Isr. L. Rev.*, 1990, pp. 485 ss.

<sup>283</sup> Vedi *Statement by the International Committee of the Red Cross*, Ginevra, 5 dicembre 2001, reperibile on-line: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jrgw.htm>.

<sup>284</sup> Cfr. risoluzione 446, 22 maggio 1979, *Territories Occupied by Israel*, reperibile on-line: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/370/60/IMG/NR037060.pdf?OpenElement>.

<sup>285</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 luglio 2004, reperibile on-line: <http://www.icj-cij.org>.

<sup>286</sup> L'art. 53 dispone: “È fatto divieto alla potenza occupante di distruggere beni mobili o immobili appartenenti individualmente o collettivamente a persone private, allo Stato o ad enti pubblici, ad

Law e dalla sezione 119 delle *Defence (Emergency) Regulations 1945*<sup>287</sup>. Quest'ultima, deputata primariamente a fornire base giuridica a strumenti preventivi di contrasto, *inter alia*, al terrorismo, nelle sezioni 4, 5 e 6 riconosce in capo ai *military commanders* la facoltà di intervenire, con ogni misura ritenuta idonea, per ripristinare ordine pubblico e sicurezza nei territori sottoposti alla loro giurisdizione, conferendo altresì una potestà regolamentare, che si traduce nell'approvazione di *military orders*, considerati come vera e propria fonte di diritto primario nei territori. Essi, infatti, possono essere emanati anche in materia fiscale, amministrativa, scolastica ed in relazione alla gestione degli insediamenti in zone occupate.

Tale progressivo ampliamento dei settori di competenza, intervenuto a partire dal 1967, venne avvallato anche da parte della Corte Suprema, che diede una lettura estensiva dell'art. 43 della Convenzione dell'Aia<sup>288</sup>, statuendo che la potenza occupante dovrebbe provvedere non solo al ripristino dell'ordine pubblico, ma anche alla vita sociale, economica e commerciale della comunità, anche al fine di garantire che la legislazione venga resa compatibile con il mutamento della società, dei mercati e delle tecnologie<sup>289</sup>. Per quanto la dichiarazione di principio alla base dell'intervento israeliano in *West Bank* sia apprezzabile, preme segnalare come in realtà l'utilizzo di tali ordini sia stato strumentalizzato per implementare previsioni della legge nazionale in zone occupate, al fine di renderle applicabili agli insediamenti degli ebrei in Palestina. Questo tipo di *escamotage* permette, da un lato, di distinguere nettamente i coloni dalla popolazione palestinese, posto che solo quest'ultima è sottoposta alle leggi di occupazione bellica e

---

organizzazioni sociali o a cooperative, salvo nel caso in cui tali distruzioni fossero rese assolutamente necessarie dalle operazioni militari”.

<sup>287</sup> La sez. 119 sub 1) prevede: “*A Military Commander may by order direct the forfeiture to the Government of Palestine of any house, structure, or land from which he has reason to suspect the any firearm has been illegally discharged, or any bomb, grenade or explosive or incendiary article illegally thrown, or of any house, structure or land situated in any area, town, village, quarter or street the inhabitants or some of the inhabitants of which he is satisfied have committed, or attempted to commit, or abetted the commission of, or been accessories after the fact of the commission of, any offence against the Regulations involving violence or intimidation or any Military Court offence; and when any house, structure or land is forfeited as aforesaid, the Military Commander may destroy the house or the structure or anything on growing on the land*”.

<sup>288</sup> Vedi, per un approfondimento, Y. DINSTEIN, *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peace Building*, Occasional Paper Series, Harvard University, 2004, reperibile on-line: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper1.pdf>.

<sup>289</sup> Cfr. HC, 337/71, *Christian Society for Holy Places v. Minister of Defence*, in 2 *Isr. Yearbook Hum. Rts.*, 1972, pp. 354 ss. Vedi inoltre D. KRETZMER, *The Occupation of Justice: the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, 2002, pp. 58 ss.; E.H. SCHWENK, *Legislative Power of the Military Occupant under Article 43. Hague Regulations*, in 54 *Yale L. J.*, 1945, pp. 393 ss.

dunque ad un governo militare e, dall'altro lato, di gettare le basi per una futura annessione di tali territori<sup>290</sup>.

All'interno di questo complesso *framework* normativo, la Corte Suprema gioca un ruolo essenziale per la garanzia dei diritti di coloro che vengono sottoposti a procedimento penale davanti alle Corti militari, e per la valutazione della ragionevolezza delle misure di prevenzione al terrorismo, adottate nei territori occupati. Il suo ruolo è stato ulteriormente rafforzato attraverso l'estensione, nel corso degli anni, dei limiti delle proprie competenze e del novero dei legittimati ad agire.

La prima volta che i residenti di *West Bank* proposero ricorso avanti alla Corte, quest'ultima dovette fare fronte, infatti, ad un problema di giurisdizione. L'approccio adottato fu quello di decidere nel merito del ricorso senza prendere posizione sulla questione preliminare, per evitare di lasciare nell'arbitrio dell'esecutivo decisioni che, per loro stessa natura, avrebbero dovuto essere sottoposte al controllo giudiziale<sup>291</sup>. Il passo successivo invece fu quello di statuire che la giurisdizione della Corte non è sottoposta al consenso delle parti, in forza della seguente argomentazione: dato che i membri dell'esercito sono organicamente inquadrati nell'esecutivo, e quindi chiamati ad adempiere dei doveri previsti *ex lege*, le loro azioni non sono poste in essere in un *vacuum* legislativo, bensì nel quadro del controllo di legittimità della *High Court of Justice*<sup>292</sup>.

<sup>290</sup> Vedi Y. MEHOZAY, *The Fluid Jurisprudence of Israel's Emergency Powers*, op.cit., pp. 158 ss.; L'utilizzo della legge israeliana nei territori occupati come strumento di annessione e di riduzione delle garanzie della popolazione protetta viene discusso anche in Y. RONEN, *Applicability of Basic Law: Human Dignity and Freedom in the West Bank*, in *46 Isr. L. Rev.*, 2013, pp. 135 ss., in particolare pp. 145 ss.

<sup>291</sup> Il primo caso in cui si discusse in merito alla legittimità delle azioni poste in essere dall>IDF nei territori occupati fu la già menzionata sentenza HC, 337/71, *Christian Society for Holy Places v. Minister of Defence*. L'orientamento espresso venne poi ripreso nella sentenza HC, 351/80, *Jerusalem District Electricity Company Ltd v. Ministry of Energy and Infrastructure and Commander of the Judea and Samaria Region*, in *Isr. Y.B. Hum. Rght.*, 1981, pp. 301 ss. Vedi per un commento C. BLACK, *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, Macmillan, New York, 1990, pp. 223 ss.; R. SHAMIR, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: the Case of Israel's High Court of Justice, in *24 Law and Soc. Rev.*, 1990, pp. 781 ss.

<sup>292</sup> Tale approccio, ancora oggi seguito, era stato avanzato dal giudice Landau nel *Rafiah case* (HCJ, 302/72) quando scrisse: «*the jurisdiction exists on the personal level against functionaries in the military government who belong to the executive branch of state, as "persons fulfilling public duties according to law", and who are subject to the review of this court under section 7 (b) (2) of the Courts Law, 1957*». Stralci della sentenza, reperibile solo in ebraico, sono riportati nella decisione relativa al caso *Elon Moreh*, che tratta della legittimità delle confische di terreni intervenute nelle zone limitrofe alla cittadina palestinese di Nablus. Tale decisione è reperibile on-line, anche se il testo non è una traduzione ufficiale: [http://www.hamoked.org/files/2010/1670\\_eng.pdf](http://www.hamoked.org/files/2010/1670_eng.pdf). In dottrina vedi Y. DOTAN, *Judicial Rethoric, Government Lawyers and Human Rights: the Case of the Israel High Court of Justice during the Intifada*, in *33 Law and Soc. Rev.*, 1999, pp. 319 ss. Vedi inoltre HCJ, 4764/04, *Physicians for Human Rights v.*

Anche in materia di legittimazione ad agire la Corte Suprema si è mostrata molto attenta a fornire una tutela piena ed estesa ai diritti fondamentali, non ritenendo necessario che il ricorrente abbia un interesse personale nella questione sottoposta a suo vaglio, anche in caso di impugnazione di provvedimenti amministrativi adottati nel contesto di operazioni militari<sup>293</sup>.

Essa dimostra così di considerarsi parte essenziale di un “*democratic triangle*” (costituito dagli organismi rappresentanti i tre poteri) e principale guardiano della *Rule of Law*. Per tale motivo le uniche condizioni previste sono che le questioni oggetto di ricorso abbiano una specifica rilevanza pubblica, o che denunciino problemi di costituzionalità. In questi casi, dunque, i ricorsi possono essere proposti da membri del parlamento o da associazioni a tutela dei diritti fondamentali, in tempo di pace ed ancora più di guerra, anche dopo poche ore dalla emissione del provvedimento o addirittura nel corso di una operazione militare<sup>294</sup>.

---

*The Commander of the IDF Forces in the Gaza Strip*, con cui la Corte imponeva l’obbligo, durante un’operazione militare, di permettere ai “nemici” di recuperare i corpi da seppellire, nonché di fornire cibo e viveri agli ostaggi rinchiusi nella Chiesa della Natività, così come previsto dal diritto umanitario di guerra. Il testo della decisione è reperibile integralmente on-line:  
<http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/englishverdictssearch.aspx>.

<sup>293</sup> Vedi per un’analisi approfondita D. BARAK ERETZ, *Broadening the Scope of Judicial Review in Israel: Between Activism and Restraint*, in 3 *Ind. J. Const. L.*, 2009, pp. 119 ss.

<sup>294</sup> Vedi Y. MERSEL, *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: the Israeli Model for the Role of the Judiciary during the Terror Era*, in 38 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.*, 2006, pp. 91-105.

## PARTE SECONDA: QUADRO NORMATIVO ED APPROCCIO BELLICO

SOMMARIO: 6. *Il quadro giuridico di contrasto al terrorismo*; 6.1. *La Prevention of Terrorism Ordinance*; 6.2. *Le Defence (Emergency) Regulations 1945*; 6.2.1. *Le deportazioni: sez 112 Defence (Emergency) Regulations*; 6.2.2. *La demolizione di case: Defence (Emergency) Regulations*; 7. *L'approccio bellico al terrorismo: una premessa*; 7.1. *L'allineamento dello Stato di Israele*; 7.2. *Terrorismo e legittima difesa passiva: la barriera di sicurezza*; 7.3. *Terrorismo e legittima difesa attiva: omicidi mirati e combattenti illegittimi; segue: prove segrete e tortura*

### 6. *Il quadro giuridico di contrasto al terrorismo*

La prima *emergency regulation*, finalizzata alla introduzione nell'ordinamento israeliano di fattispecie penali di contrasto al terrorismo, venne adottata nel 1948, tre giorni dopo l'assassinio del Conte Bernadotte per mano di un gruppo estremista ebraico (*Stern group*), che voleva in tal modo ostacolare gli sforzi tesi a rendere effettiva l'applicazione delle direttive del *Partition Plan* dell'ONU.

Nell'esperienza dello Stato di Israele l'allarme connesso al terrorismo è infatti ben radicato nella storia del Paese, dato che i primi attacchi si fanno risalire già al periodo del mandato britannico. Essi, contrariamente a quanto potrebbe sembrare, non sono stati perpetrati solo da gruppi organizzati arabo-palestinesi, come ad esempio *Hamas* oppure gli *Hezbollah*, ma spesso sono stati dovuti ad attivisti di associazioni criminali ed estremiste di matrice ebraica. L'omicidio del Primo Ministro Rabin, avvenuto nel 1995 per mano di un ebreo, è ricordato come primo caso nella storia in cui la magistratura non qualificò il fatto come omicidio comune ma, complici anche le pressioni della popolazione araba, come un vero e proprio atto terroristico. In tal modo si segnò simbolicamente il superamento di quella prassi che escludeva a monte la natura terroristica del reato, se esso veniva commesso da un ebreo, poiché in tali ipotesi si preferiva considerare il soggetto agente non imputabile.

Tuttavia, tale decisione non segnò un reale superamento del pregiudizio discriminatorio che gravava sulla popolazione palestinese. Ancora oggi, infatti, le condotte che astrattamente potrebbero venire sussunte nel reato di terrorismo, o comunque considerate come *security offences*, se poste in essere da coloni ebrei contro i residenti

dei territori occupati, vengono qualificate “*price tag attacks*”<sup>295</sup>. La ricaduta principale di tale orientamento è quella punire gli atti con applicazione di reati comuni, quali omicidio, lesioni e danneggiamento, e quindi con pene sensibilmente inferiori a quelle previste per i reati di natura terroristica.

L'unica modifica intervenuta recentemente, nel giugno del 2013, ha toccato i soli poteri di indagine, che sono stati ampliati grazie all'inserimento dei gruppi estremisti ebrei nella lista delle associazioni criminali, permettendo così di sfruttare le previsioni maggiormente elastiche delle *Defence (Emergency) Regulations del 1945*<sup>296</sup>.

Attualmente, infatti, le misure di prevenzione negativa al terrorismo si trovano disciplinate all'interno di queste ultime e vengono accompagnate, sul piano del diritto penale sostanziale, dalle fattispecie inserite nella *Prevention of Terrorism Ordinance* del 1948 integrata, in relazione alla definizione di “organizzazione terroristica”, dalle previsioni della *Financing Terror Prohibition Law 5765-2005*<sup>297</sup>.

### 6.1. *La Prevention of Terrorism Ordinance*

La *Prevention of Terrorism ordinance (PTO)*<sup>298</sup> è stata adottata dal governo in risposta all'omicidio del Conte Bernadotte ma, nel corso degli anni, ha perso il suo carattere di regolamento di emergenza per diventare una vera e propria legge ordinaria dipendente, ovvero in vigore finché perdurerà la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale. Venuto meno quest'ultimo, salvo modifiche da parte del legislatore, le fattispecie da richiamare saranno quelle generali degli artt. da 145 a 149 del codice penale israeliano, che puniscono una vasta gamma di condotte di partecipazione e supporto ad associazioni per delinquere, non di natura terroristica.

Le previsioni dell'ordinanza hanno una forte matrice politica, seppur attenuata dagli interventi di riforma del 1980, del 1986 e da ultimo del 1993, poiché la *ratio* era

<sup>295</sup> Vedi D. BYMAN-N. SACHS, *The Rise of Settler Terrorism: the West Bank's Other Violent Extremists*, in *91 Foreign Aff.*, 2012, pp. 73 ss.

<sup>296</sup> Vedi *Defense Minister approves move that allows harsher police action against 'price tag' attacks*, in *Haaretz*, 01 luglio 2013.

<sup>297</sup> Per una panoramica sugli strumenti di contrasto al terrorismo vedi C. KLEIN, *On the Three Floors of a Legislative Building: Israel's Legal Arsenal in its Struggle against Terrorism*, in *27 Cardozo L. Rev.*, 2005-2006, pp. 2223 ss.

<sup>298</sup> *Prevention of Terrorism Ordinance*, n. 33 of 5708/1948, emendata nel 1980; 1983; 1993, reperibile on-line, in versione ufficiale:  
<http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/19001949/Pages/Prevention%20of%20Terrorism%20Ordinance%20No%2033%20of%205708-19.aspx>.



segnatamente quella di colpire non solo le condotte di direzione e di partecipazione nel gruppo terroristico, ma anche, e soprattutto, quelle di supporto, favoreggiamento e propaganda.

Queste ultime pongono non pochi problemi se messe in bilanciamento con la libertà di espressione, poiché introducono la possibilità di inaugurare stagioni di forte repressione politica, in particolare nei confronti di chi lotta per la propria autodeterminazione o per il superamento di dogmi religiosi che ancora oggi affliggono il sistema giuridico israeliano<sup>299</sup>.

L'art. 1 enuclea i tratti caratteristici di un'organizzazione terroristica, definendola come un gruppo di persone che impiega, o minaccia di avvalersi, per il raggiungimento dei suoi scopi, atti di violenza finalizzati a causare morte o lesioni alle persone. Aggiunge altresì che per "membro di un'organizzazione terroristica", si intende colui che vi partecipa o che fa propaganda a favore del gruppo criminale, delle sue attività o dei suoi scopi, ovvero che raccoglie denaro o beni a suo beneficio.

Preme sottolineare come in tali definizioni, che dovrebbero rappresentare uno strumento interpretativo da applicare alle fattispecie tipizzate nei successivi articoli 3, 4 e 5, non si fa alcuna menzione alla finalità che deve sottendere la condotta criminosa. In tal modo si lascia la connotazione terroristica del gruppo priva di un elemento caratterizzante, che permette di distinguerlo da un semplice gruppo criminale, votato alla commissione di reati comuni e di minore allarme sociale.

Per tale motivo, oggi, la definizione di associazione terroristica viene ad essere integrata dalla *Financing Terror Prohibition Law 5765-2005*<sup>300</sup>, che è stata adottata in coerenza con le indicazioni della Convenzione internazionale per la soppressione del finanziamento al terrorismo del 1999<sup>301</sup>. Il suo art. 1, infatti, definisce come "atto

---

<sup>299</sup> Ne è una conferma il proposito, enunciato in apertura della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, ove si statuisce: "The purpose of this Basic Law is to protect human dignity and liberty, in order to establish in a Basic Law the values of the state of Israel as a Jewish and democratic State". In tal modo si è aumentata la tensione tra cittadini ebrei ed arabi, posto che questi ultimi hanno interpretato tale clausola come la negazione esplicita della loro cultura e delle loro tradizioni. Vedi, per gli opportuni approfondimenti, J.T. JABAREEN, *Constitution Building and Equality in Deeply Divided Society: the Case of Palestinian-Arab Minority in Israel*, in *26 Wis. Int'l L. Rev.*, 2008, pp. 345 ss.; A. RUBINSTEIN, *The Curious Case of Jewish Democracy*, in *41 Azure*, 2010, p. 33 ss.; L. DE GRAZIA, *Il sistema delle fonti normative nell'ordinamento israeliano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, in particolare pp. 426 ss. A favore della modifica, poiché in tal modo si è ribadita l'esistenza, in Israele, di un nucleo duro di diritti preesistenti allo Stato e non emendabili da un'Assemblea costituente, vedi A. BARAK, *Unconstitutional Constitutional Amendment*, 2011, reperibile on-line: <http://law.huji.ac.il/upload/44Barak.pdf>.

<sup>300</sup> Reperibile on-line: <http://www.refworld.org/docid/4c36f4522.html>.

<sup>301</sup> Reperibile on-line: <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>.

terroristico” un reato commesso, o che si minaccia di commettere, al fine di influire su questioni politiche, ideologiche o religiose.

Più nel dettaglio, secondo il par. 1 lett. a), è terroristico quell’atto perpetrato, oppure pianificato, con lo scopo di creare paura ed allarme nella popolazione, o per obbligare un governo o un suo organismo – inclusi quelli stranieri – a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto; si precisa poi che l’elevata possibilità, prospettata dall’agente, che l’atto o la minaccia produrrà paura e panico nella popolazione, è considerata equivalente all’intenzione di raggiungere tale scopo.

Il par. 2 stabilisce che, per atti “commessi o pianificati”, si fa riferimento a: 1) cagionare lesioni alla libertà o integrità fisica, o porre una persona in pericolo di vita o di lesioni; 2) creare un pericolo concreto alla salute o alla sicurezza pubblica; 3) causare danni gravi alla proprietà/patrimonio; 4) destabilizzare gravemente infrastrutture vitali per lo Stato, sistemi ovvero servizi. La lett. b) del medesimo articolo amplia l’ambito di applicazione della fattispecie, riconoscendo come terroristico anche l’atto che, pur non osservando le prescrizioni del par. 1, lett. a), sia stato commesso o pianificato con l’utilizzo di armi, così come definite nella sez. 144, lett. c), par. 1 e 3 del codice penale<sup>302</sup>; è inoltre considerato tale, in assenza dei requisiti dei par. 1 e 2 della lett. a), quello perpetrato o pianificato con l’uso di armi chimiche, biologiche o nucleari, poiché strumenti intrinsecamente idonei a causare danni micidiali e diffusi.

Tornando alle previsioni dell’ordinanza del 1948, si nota come il legislatore israeliano abbia optato per l’adozione di un regime sanzionatorio differenziato, a seconda del ruolo ricoperto dal singolo agente all’interno dell’organizzazione criminale. L’art. 2 ed il successivo art. 3, infatti, introducono massimi edittali differenti a seconda che l’agente svolga un ruolo apicale, oppure rivesta un ruolo da mero gregario. In particolare, il primo prevede la pena della reclusione per un periodo non superiore a vent’anni per chi dirige o organizza una organizzazione terroristica, per chi partecipa alla deliberazione delle sue decisioni, o agisce come membro di un tribunale di un gruppo terroristico e per chi fa discorsi propagandistici a favore del gruppo, in una

---

<sup>302</sup> Per armi si intendono tutte le armi da fuoco, comprese semplici parti di esse, accessori o munizioni, ovvero bombe, granate o altri ordigni esplosivi, comprese parti di essi. Per la traduzione in lingua inglese del codice penale israeliano, *Penal Law 5737-1977*, vedi on-line: <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/43289694.pdf>.

riunione pubblica o attraverso l'utilizzo di Internet<sup>303</sup>. Il secondo, al contrario, prevede una pena massima di cinque anni o una multa fino a 22.500 NIS (4.500,00 euro) per il semplice partecipe<sup>304</sup>.

Il successivo art. 4 si occupa di sanzionare le condotte di supporto all'associazione criminale, con la reclusione non superiore nel massimo a tre anni<sup>305</sup>. Per supporto si intende: la pubblicazione di parole di simpatia o incoraggiamento, ovvero di elogi, per la commissione di atti di violenza finalizzati a causare morte o lesioni alle persone (lett. a); la pubblicazione di parole di simpatia, o appelli per ottenere aiuti a sostegno del gruppo terroristico (lett. b); la detenzione di materiale propagandistico (lett. c); la dazione di denaro a suo beneficio (lett. d)<sup>306</sup>; la messa a disposizione di luoghi che possono servire come deposito, punto di incontro o base operativa del gruppo (lett. e); la messa a disposizione di articoli che potrebbero essere utilizzati dall'associazione, o da un suo membro, per commettere un atto terroristico (lett. f); il mantenere una condotta che denota adesione ad un gruppo terroristico, in un luogo pubblico, o in un modo tale da permettere alle persone che si trovano in un luogo pubblico di vedere o sentire tali atti, che possono essere rappresentati dallo sventolare una bandiera o mostrare un

<sup>303</sup> La formulazione, soprattutto nell'inciso relativo ai membri di un tribunale, fa un chiaro riferimento alle azioni di contrasto alle attività di *Hamas* e del *Palestine Liberation Organiation (PLO)*.

<sup>304</sup> Non è necessario che il partecipe sia membro effettivo dell'associazione, al contrario, è sufficiente provare che egli abbia prestato il consenso a parteciparvi, che il suo nome sia stato menzionato da altro affiliato o che sia apparso in una lista di membri del gruppo. La condanna fino a cinque anni di reclusione, ex art. 4 *PTO*, può dunque essere pronunciata anche in assenza di alcun contributo materiale o condotta causalmente rilevante per le attività del sodalizio. Preme sottolineare come neppure la durata dell'affiliazione abbia alcuna rilevanza, al punto che anche un giorno è sufficiente per la contestazione. Inoltre, dal momento in cui il *Prosecutor* riesce a provare la partecipazione del soggetto ad un gruppo terroristico, quest'ultimo viene considerato dalla Corte come membro effettivo dall'arresto fino alla chiusura del procedimento, anche se la sua affiliazione è terminata anni prima. La dissociazione può al più essere considerata come circostanza attenuante. Il fine che lo Stato di Israele in questo modo persegue, è quello di condannare "*anyone who crossed the line and joined*". Vedi per un approfondimento il report pubblicato da MachsomWatch, *Guilty: Membership and Activity in Unlawful Association. Military Courts*, 2008, pp. 12 ss., testo reperibile on line: <http://machsomwatch.org/files/Guilty.pdf>.

<sup>305</sup> Preme sottolineare che una disciplina parallela per la punizione dei medesimi reati è rappresentata dalla sez. 84 delle *Defence (Emergency) Regulations*, che prevede sanzioni di un anno di reclusione, solo o congiunto ad una multa fino a 100 *pounds*, per i reati di competenza delle *Magistrate Courts* e di dieci anni di reclusione, soli o congiunti ad una multa di 1000 *pounds*, per i reati di competenza delle *District Courts*.

<sup>306</sup> Per le condotte di finanziamento al terrorismo si fa oggi riferimento agli artt. 8 e 9 della *Financing Terror Prohibition Law 5765-2005*, che prevede per tale reato la reclusione fino a dieci anni o una multa fino a venti volte superiore a quella prevista dalla sez. 61, lett.a), par. 4 del codice penale (che ammonta a 22.000 NIS, ovvero 4.400,00 euro).

simbolo o uno *slogan* o da qualsiasi altra condotta idonea a rendere manifesta l'identificazione del soggetto con il gruppo terroristico (lett. g)<sup>307</sup>.

Si nota quindi come tale ordinanza abbia come proposito principale quello di sanzionare e prevenire attività “para-terroristiche”, ovvero condotte di attivismo politico a favore della causa perseguita dai gruppi inseriti, su iniziativa del governo, nelle *black-lists* delle organizzazioni terroristiche. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte Suprema e delle Corti di merito si è sempre mostrata attenta a delineare i confini tra libertà di pensiero e propaganda vietata, fornendo un'interpretazione restrittiva delle previsioni dell'art. 4.

Ne sono un esempio il c.d. *Jbarin case*<sup>308</sup>, che ha visto imputato ai sensi dell'art. 4 lett. a) un giornalista arabo-israeliano che, nel 1991, aveva pubblicato un articolo in cui sosteneva che ogni volta che lanciava una pietra, nel suo animo cresceva un sentimento di orgoglio nazionale, e che il lancio di una Molotov gli permetteva di trovare una sua identità e dignità. Dopo la condanna in primo grado venne interposto appello alla Corte Suprema, affinché chiarisse se, in assenza di un richiamo testuale, le parole di incitamento o supporto dovessero essere causalmente connesse ad attività di un gruppo terroristico. I giudici dichiararono tale connessione necessaria, configurandola come un elemento implicito di fattispecie, non potendosi configurare il reato contestato se l'istigazione a compiere atti di violenza viene destinata a soggetti che agiscono come singoli e non come affiliati di un'associazione criminosa. Tale argomentazione portò alla assoluzione dell'imputato<sup>309</sup> ed alla formulazione di un monito al legislatore, affinché intervenisse per rendere la previsione dell'art. 4 *PTO* più in linea con il principio di colpevolezza.

<sup>307</sup> Tale lettera è stata introdotta con un emendamento all'ordinanza del 1980.

<sup>308</sup> Vedi Cr.F.H., 8613/96, *Jbarin v. The State of Israel*, P.D. 54(5) 193. Testo reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/96/130/086/a24/96086130.a24.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/96/130/086/a24/96086130.a24.pdf).

<sup>309</sup> Il giudice Or scrisse: «*Actions of the sort just described, has been taken during the Intifada by individuals and by associations falling into the definition of terrorist group alike. Stones and Molotov cocktails were thrown in an unorganized manner by individuals, including children, who took actions on their own. But these kinds of activities were taken as well by groups which possess an organized infrastructure, which resorted to violent actions in order to fulfill their goals. In this case it was general encouragement*». Vedi sul punto, anche per gli opportuni approfondimenti, G. GONTOVNIK, *Country Report on Israel*, pp. 388-393, in C. WALTER-S. VÖNEKY-V. RÖBEN-F. SCHORKOPF (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Springer, Berlin, 2004.

È interessante far notare come lo stesso giorno la Corte Suprema decise il caso di Benjamin Kahane<sup>310</sup>, imputato del reato di “*sedition*”, previsto e regolato dalle sezz. 133-136 del codice penale israeliano, per aver pubblicato un articolo in cui si istigava al bombardamento di un villaggio arabo in risposta ad alcuni attacchi terroristici contro la popolazione ebrea. La condotta, come si può notare, è molto simile a quella descritta dall'art. 4 *PTO* e punisce, con la pena fissa di cinque anni di reclusione, chi pianifica o commette un atto eversivo, ovvero chi importa, pubblica, stampa o comunque riproduce materiale di tale natura. Tuttavia, la sezione 135 del codice penale, ai fini della contestazione di tale ipotesi di reato, prevede la necessaria sussistenza di due condizioni preliminari: 1) la preventiva autorizzazione a procedere da parte dell'*Attorney General*; 2) che dalla commissione del fatto non sia decorso più di un anno. La Corte Suprema dichiarò l'imputato colpevole del reato ascritto, cogliendo l'occasione per precisare che la presenza dei due requisiti appena richiamati è da considerarsi idonea e sufficiente ad evitare abusi o restrizioni eccessive alla libertà di espressione, motivo per cui non riconobbe la necessità di procedere ad una riformulazione della fattispecie codicistica, al contrario di quanto rilevato in relazione all'art. 4 *PTO*.

Il legislatore nel 2002 si allineò alle raccomandazioni della Corte attraverso la abrogazione dell'art. 4 *PTO* e la parziale trasposizione del suo dettato nella sez. 144, lett. d), par. 2, del codice penale, che oggi prevede la reclusione fino a cinque anni per chi pubblica un'istigazione a commettere un atto terroristico, esprime supporto, adesione o elogio per attacchi terroristici violenti con parole che, tenuto conto della loro portata e delle circostanze di pubblicazione, vengono ritenute idonee a determinare taluno a commettere tali atti<sup>311</sup>.

Un'altra disposizione particolarmente importante, soprattutto in fase processuale ed ancora prima investigativa, è quella dell'art. 8 della *PTO* che prevede che il governo, attraverso una pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, possa dichiarare che un certo gruppo di persone debba considerarsi organizzazione terroristica, salvo che in giudizio non si riesca a provare il contrario.

<sup>310</sup> C.F.H., 1789/98, *State of Israel v. Benjamin Kahane*, P.D. 54 (5) 145. Testo reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/98/890/017/e09/98017890.e09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/98/890/017/e09/98017890.e09.pdf).

<sup>311</sup> Per un approfondimento in relazione alle scelte di criminalizzazione dell'istigazione a delinquere e del difficile bilanciamento della libertà di pensiero e di espressione vedi D. BARAK-EREZ-D. SCHARIA, *Freedom of Speech, Support for Terrorism and the Challenge of Global Constitutional Law*, in 2 *Harv. Nat'l. Sec. J.*, 2011, pp.1 ss.

Nonostante la pubblicità sia un requisito espresso, le condanne, soprattutto se emesse dalla Corti militari nei territori occupati, vengono pronunciate anche se l'imputato riesce a provare la mancata conoscenza incolpevole del provvedimento dell'esecutivo, ad esempio perché questo non è stato riportato dai giornali, dalle televisioni o altri mezzi di diffusione<sup>312</sup>. La questione riprende quindi quella della conoscibilità della legge penale ed è dovuta al rinvio da parte della fattispecie a previsioni extrapenali non conoscibili oppure alla semplice traduzione in legge ordinaria di previsioni regolamentari, non sottoposte ai medesimi requisiti di pubblicità.

### 6.2. *Le Defence (Emergency) Regulations 1945*

Il quadro di contrasto al terrorismo è reso più efficace attraverso le misure di prevenzione inserite nelle *Defence (Emergency) Regulations*, finalizzate al mantenimento dell'ordine pubblico ed applicabili sia nello Stato di Israele, sia all'interno dei territori occupati.

Le misure che vi si trovano codificate sono state adottate con il fine esplicito di sedare o prevenire le rivolte della popolazione contro il governo ed introducono nel sistema di contrasto al terrorismo degli strumenti amministrativi che, da un lato, rischiano di tramutarsi in vere e proprie sanzioni penali retroattive e, dall'altro lato, vengono spesso applicati in modo indiscriminato, non già per fini general-preventivi, bensì come sistemi di riconoscimento di responsabilità collettiva. Tale legislazione fornisce inoltre la base giuridica per la creazione di tribunali militari, che operano soprattutto in zona C, facendo applicazione di regole processuali meno garantiste e non fornendo sempre garanzie per il diritto di appello<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> Faiza Dib Foda, cittadina israeliana che viveva e lavorava a Betlemme, venne arrestata nel 2006, poiché ritenuta membro della *Islamic Jihad*, organizzazione dichiarata criminale già nel 1969. I fatti a cui si riferiva l'imputazione riguardavano i suoi sforzi per ottenere donazioni a favore dell'istituto per l'infanzia, ove lei lavorava come educatrice. Il reato contestato fu, infatti, quello previsto dalle sezz. 84 ed 85, par. 1, lett. a) *DER*, che riprende, con una formulazione maggiormente elastica ed estensiva, le condotte dell'art. 4 *PTO*. Nel corso del processo si accertò che l'imputata era membro della *Alnakaa (Purity) Association*, associazione femminile *no-profit* titolate della scuola di infanzia, dichiarata "unlawful" nel 2005, con un provvedimento del comandante militare della *Judea e Samaria*, che non venne mai pubblicato o diffuso. Nonostante ciò, la Corte ritenne irrilevante la circostanza della mancata conoscenza di quest'ultimo da parte dell'imputata e la condannò, a seguito di patteggiamento, a 18 mesi di reclusione. Per un approfondimento su questo ed altri casi vedi il *report* di MachsonWatch, *Guilty*, op.cit., pp. 24 ss.

<sup>313</sup> Secondo l'*Annual Report of the Military Courts Unit*, relativo all'anno 2007, su un totale di 5497 procedimenti, solo 97 sono stati conclusi al termine di un processo di cognizione, tutti gli altri sono stati conclusi con sentenze di patteggiamento, che richiedono quale condizione preliminare una ammissione di

Nel catalogo di 147 articoli, in parte rivisti o abrogati, le misure maggiormente utilizzate da parte del governo e dei comandanti militari sono, *inter alia*, l'imposizione di coprifuoco, il blocco della circolazione stradale, la deportazione, la demolizione di case e la detenzione amministrativa.

Ognuna di esse è stata sottoposta ad un'interpretazione evolutivo-adequatrice della Corte Suprema che, attraverso la sua giurisprudenza, ha compiuto un'opera di razionalizzazione dei presupposti giustificativi in fase applicativa, soprattutto alla luce delle riforme costituzionali degli anni '90.

La sezione 124, ad esempio, permette ai comandanti militari ed in generale all'esecutivo di limitare la libertà di movimento della popolazione, imponendo di non abbandonare la propria abitazione o una certa zona in particolari ore del giorno, salvo che non si sia muniti di apposita autorizzazione scritta<sup>314</sup>. La discrezionalità così accordata non è tuttavia assoluta, poiché risulta strettamente ancorata ai principi di proporzionalità e necessità, nei limiti formulati dalla Corte Suprema: chi impone il coprifuoco, infatti, deve ritenere tale misura essenziale per il mantenimento dell'ordine pubblico ed agire solo in assenza di un'alternativa meno gravosa per la collettività. Essa ha inoltre stabilito che, in caso di coprifuoco di lunga durata, i militari debbano garantire l'accesso ad ospedali ed a cure mediche adeguate, nonché autorizzare la popolazione destinataria della misura ad uscire per il tempo utile a recuperare generi di primissima necessità<sup>315</sup>.

Tali accortezze hanno il fine di evitare punizioni collettive della popolazione e di rendere tale misura eccezionale, pur senza negare la sua grande importanza per il

---

responsabilità in ordine ai reati contestati. In totale, nel 1997, solo nel 15% dei casi si è giunti ad assoluzione. Ad esempio, in relazione alle accuse di partecipazione ad un gruppo terroristico, molti imputati non riconoscono di avere lavorato in agenzie ed uffici pubblici o privati, ma negano la natura terroristica dell'associazione per cui prestavano servizio, escludendo la loro volontà di prendere parte ad attività di quel tipo. Tuttavia ben pochi affrontano un processo, poiché patteggiare permette di abbreviare il tempo da trascorrere in detenzione (essendo la custodia cautelare suscettibile di infiniti rinnovi).

<sup>314</sup> Per le ricadute sui diritti umani, soprattutto in caso di abusi nell'utilizzo dei coprifuoco in *West Bank*, vedi il report di B'Tselem, associazione per i diritti umani in Israele, dal titolo *Ghost Town: Israel's Separation Policy and Forced Eviction of Palestinians from the Center of Hebron*, 2007, pp. 17-24, reperibile on-line: [http://www.btselem.org/download/200705\\_hebron\\_eng.pdf](http://www.btselem.org/download/200705_hebron_eng.pdf). In tale *report* si dimostra come, nella città di Hebron, gli strumenti di natura preventiva pensati per il mantenimento dell'ordine pubblico, vengano spesso utilizzati per garantire la sicurezza dei coloni e non di tutta la popolazione (ciò vuol dire di qualche centinaio di persone, rispetto ai 150.000 palestinesi lì residenti).

<sup>315</sup> H.C. 477/91, *Israeli-Palestinian Doctors Society v. Minister of Defense*, 45(2) P.D. 832.

ripristino della sicurezza, soprattutto in relazione alla possibilità di avere accesso agevolato alle abitazioni ove si sospetta si trovino nascosti terroristi oppure armi<sup>316</sup>.

I Giudici supremi sono poi intervenuti in materia di ispezioni e perquisizioni nei territori occupati, al fine di vietare in modo definitivo la c.d. “*early warning procedure*”<sup>317</sup>, che consisteva nell’utilizzo di civili protetti come scudi umani nelle operazioni militari condotte in piccoli villaggi<sup>318</sup>. Ad essi veniva richiesto, anche attraverso l’uso di coercizione fisica e morale, di recarsi nel luogo in cui si trovava il ricercato per spingerlo alla resa, oppure di entrare in luoghi in cui si riteneva fossero stati armati degli esplosivi. La Corte, dopo aver preso atto dello sforzo del governo di regolarizzare la procedura, attraverso la codificazione di regole di ingaggio per i membri dell’*IDF*, ha comunque escluso la proporzionalità di tale pratica, che esponeva a pericoli mortali proprio coloro che, alla luce della IV Convenzione di Ginevra, avrebbero dovuto godere di una tutela rafforzata.

In particolare, la motivazione si è basata sostanzialmente su quattro argomenti: 1) la popolazione civile non può essere utilizzata per assolvere esigenze militari; 2) l’obbligo di allontanare la popolazione civile da zone in cui si stanno svolgendo attività militari è imperativo; 3) è impossibile considerare libero da vizi il consenso eventualmente prestato da un civile, tenuto conto della pressione psicologica a cui è sottoposto; 4) non è possibile prevedere *ex ante* il grado di pericolo a cui si espone l’intermediario, nonché

<sup>316</sup> Vedi per un approfondimento E. GROSS, *The Struggle of Democracy against Terrorism: Lessons from the United States, the United Kingdom and Israel*, University of Virginia Press, 2006, pp. 207-215; ID, *Democracy's Struggle Against Terrorism: The Powers of Military Commanders to Decide Upon the Demolition of Houses, the Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and the Declaration of an Area as a Closed Military Area*, in *30 Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 2002, pp. 213 ss.

<sup>317</sup> HCJ, 3799/02, *Adalah et al v. GOC Central Command*, testo reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/Files\\_ENG/02/990/037/a32/02037990.a32.pdf](http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/990/037/a32/02037990.a32.pdf). La questione circa la legittimità di tale prassi è stata sollevata davanti alla Corte da parte di organizzazioni a tutela dei diritti umani, in relazione a casi di uccisioni di palestinesi, utilizzati come intermediari per la resa di sospetti terroristi. I ricorrenti denunciavano il fatto che, così facendo, si violava il divieto di coinvolgere civili in operazioni militari della potenza occupante, ponendoli addirittura in grave pericolo. Essi, inoltre, venivano utilizzati come mezzo rispetto ad un fine, con palese violazione della dignità personale, che non poteva ritenersi giustificata neppure in presenza di consenso espresso, posto che quest’ultimo non sarebbe mai stato totalmente libero (vedi parr. 13-16). Gli opposenti, al contrario, sostenevano la legittimità della *early warning procedure*, argomentando in forza della intervenuta codificazione della procedura da seguire, dell’obbligo dell’*IDF* di ottenere il consenso dell’intermediario e del divieto di esercitare su di esso qualsiasi tipo di pressione. L’esercito riteneva la procedura essenziale per limitare i danni collaterali che avrebbe potuto causare l’utilizzo della forza in tali contesti, posto che l’uso di civili era finalizzato a permettere agli innocenti, potenzialmente in pericolo, di abbandonare la propria abitazione prima dell’intervento armato (vedi parr. 17-19).

<sup>318</sup> Per una disamina della “*early warning procedure*” alla luce del diritto internazionale vedi R. OTTO, *Neighbors as Human Shields? The Israeli Defence Forces “Early Warning Procedure” and International Humanitarian Law*, in *86 Int'l Rev. Red Cross*, 2004, pp.771 ss.



l'effetto indiretto che una regolamentazione della *early warning* potrebbe causare. Infatti, si potrebbe introdurre una presunzione tale per cui questa pratica verrebbe considerata *prima facie* sempre lecita, poiché vincolata a regole di ingaggio scritte<sup>319</sup>.

Le misure preventive che incidono in modo diretto sulla libertà di movimento sono anche quelle relative alla chiusura dei punti di accesso allo Stato di Israele dai territori di *West Bank* ed al riconoscimento di alcuni luoghi quali “zone militari chiuse”. Esse riportano all'attenzione il difficile rapporto tra misure preventive e responsabilità collettiva: sebbene tali decisioni, alla luce delle previsioni delle sez. 122 e 125 delle *DER*, possano essere assunte dall'esecutivo, solo se ritenute necessarie per esigenze di sicurezza ed ordine pubblico, esse, a partire soprattutto dalla seconda *Intifada*, hanno assunto il ruolo di veri e propri mezzi di controllo indiscriminato della popolazione. La *ratio* legata al pericolo di permettere a potenziali terroristi di introdursi nel territorio nazionale si è trasformata, infatti, in una presunzione diffusa di pericolosità, legata alla etnia o luogo di provenienza, che introduce una palese inversione dell'onere della prova. Ciò che si sottopone a vaglio caso per caso non è infatti la pericolosità del singolo, bensì la sua non pericolosità, condizione essenziale per la concessione di permessi di transito da un luogo all'altro<sup>320</sup>.

In relazione a tali misure, la Corte Suprema ha adottato un approccio più in linea con le supposte continue esigenze di sicurezza nei territori occupati, esimendosi dall'analizzare i presupposti fattuali e valutativi a sostegno della loro adozione e limitandosi semplicemente a ribadire la necessità di osservare i criteri di proporzionalità e ragionevolezza<sup>321</sup>.

<sup>319</sup> Vedi HCJ, 3799/02, par. 20-25. Preme sottolineare come tale decisione, successiva a quella assunta in materia di tortura, è stata emessa da parte di due giudici (su tre) membri anche del collegio che ha esaminato la questione relativa alla legittimità delle pratiche usate durante gli interrogatori. Tale precisazione è utile, poiché fa notare l'intervenuta evoluzione garantista nelle argomentazioni, soprattutto in relazione alla insufficienza di previsioni scritte, quali linee guida o codici di autoregolamentazione finalizzati alla gestione di certe attività, per garantire correttezza e proporzionalità delle procedure. Si paventa, al contrario, il rischio di mandare un messaggio simbolico per cui tutto ciò che non è proibito è sempre e comunque giustificabile, *ex ante*, con richiamo ai regolamenti, ovvero *ex post*, con richiamo allo stato di necessità, alla buona fede oppure alle esigenze militari contingenti. Cfr. in particolare la *concurring opinion* del giudice Chesin, par. 7, in relazione alla “*written rule versus reality*”.

<sup>320</sup> Tale presupposto ha finito per invadere anche altre aree del diritto, ed in particolare il diritto di famiglia. Anche per ottenere permessi di riunificazione familiare è ancora oggi necessario provare la propria non pericolosità, viste le continue dilazioni del Parlamento in ordine all'emendamento della *Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Provision) 2003*. Cfr. *supra*, nota 239.

<sup>321</sup> Per le argomentazioni a sostegno della necessità di controllare i flussi di movimento della popolazione, anche se tale controllo incide su diritti fondamentali come quello all'occupazione, vedi E. GROSS, *Democracy's Struggle Against Terrorism*, op.cit. pp. 218 ss. In particolare, vedi le considerazioni legate

Le previsioni che però hanno comportato le maggiori critiche, sia in ambito nazionale, sia internazionale, e che hanno posto maggiori difficoltà dal punto di vista del loro inquadramento nel novero delle misure di prevenzione oppure tra le sanzioni penali, sono le deportazioni e la demolizione di case, che sembra opportuno trattare in modo separato e più approfondito.

### 6.2.1. *Le deportazioni: sez 112 Defence (Emergency) Regulations*

Il fondamento normativo delle deportazioni eseguite dall'esercito israeliano va ravvisato nella sez. 112 *DER*<sup>322</sup>, secondo la quale un comandante regionale ha il potere di emettere un ordine di deportazione nei confronti di qualsiasi persona si trovi in territorio occupato<sup>323</sup>. L'utilizzo di tale misura non può essere arbitrario, ma deve rispondere alle esigenze di cui alla sez. 108 *DER*, ovvero garantire la sicurezza ed il mantenimento dell'ordine pubblico, attraverso la soppressione di ribellioni o sommosse.

La procedura esecutiva è quindi interamente rimessa alle decisioni delle autorità militari che possono essere appellate davanti ad un *advisory committee*, composto da ufficiali dell'esercito e solo in via eventuale davanti all'Alta Corte di Giustizia. Posto che il comitato è competente ad emettere solo raccomandazioni non vincolanti<sup>324</sup>, l'unico modo per chiedere l'annullamento di un ordine ritenuto illegittimo è dunque la

---

alla situazione di guerra (anche se non in senso formale) contro *Hamas*, così come riconosciuta dallo stesso governo israeliano il 3 marzo 1996: «*the Government determines that Israel is currently in a state of overall war against the Hamas organization and other terrorists groups, and it demands of the Palestinian Authority, of all the Arab states and of all the partners to the peace process, that they participate in this war, with all the measures at their disposal, and to act with tenacity against the terror*».

<sup>322</sup> Sez. 112, par. 1: “*The High Commissioner shall have power to make an order, under his hand (hereinafter in these regulations referred to as a “Deportation Order”) for the deportation of any person from Palestine. A person in respect of whom a Deportation Order has been made shall remain out of Palestine so long as the Order remains in force*”.

<sup>323</sup> A partire dal 1979 tale misura è applicabile unicamente nei territori occupati, poiché le disposizioni delle *DER*, relative alle deportazioni, sono state abrogate dalla *Emergency Powers (Detention) Law 1979*, applicabile solo all'interno dello Stato di Israele.

<sup>324</sup> Sez. 112, par. 8: “*Any advisory committee appointed under the provisions of sub-regulation (4) of regulation 111 of the principal Regulations may, if so requested to do by any person in respect of whom a deportation order has been made under this regulation, consider and make recommendations to the Government in respect of any such deportation order*”. Preme sottolineare come la procedura da seguire davanti al comitato sia ben diversa da quella ordinariamente utilizzata in un tribunale: le prove sono spesso segrete, non è richiesta la presenza dell'appellante e, soprattutto, l'intera procedura si svolge a porte chiuse.

proposizione di un ricorso alla Corte Suprema<sup>325</sup>, che garantisce in tal modo un controllo giurisdizionale effettivo anche in relazione a misure amministrative<sup>326</sup>.

Nonostante la previsione dell'49 della IV Convenzione di Ginevra<sup>327</sup>, che impone il divieto di deportazioni di massa, la Corte Suprema ha fin da subito sostenuto la legittimità della previsione della sez. 112 DER, poiché essa fa riferimento solo ad ordini individuali. La sua *ratio*, infatti, è stata ritenuta ben diversa da quella che sorreggeva le deportazioni a cui si è assistito durante la seconda guerra mondiale, intervenute sulla base di motivazioni politiche pretestuose che camuffavano l'intento di sterminare un popolo.

A parere dei Giudici, il fine dell'art. 49 non è quello di indebolire l'obbligo di protezione dello Stato nei confronti dei propri cittadini. Il comma 2 del medesimo articolo, infatti, pone un'eccezione al divieto di deportazioni se la decisione viene assunta per ragioni di sicurezza. La dottrina ha osservato inoltre che, se l'art. 147 della medesima Convenzione riconosce le "deportazioni illecite" come gravi violazioni del diritto umanitario lì codificato, ragionando *a contrariis*, non si può che concludere che

---

<sup>325</sup> La Corte Suprema, nella veste di *High Court of Justice*, opera in questo caso come ultimo grado di giudizio, posto che il provvedimento impugnabile davanti ad essa non è l'ordine di espulsione, bensì la decisione dell'*advisory committee*. Cfr. H.C.A. 497/88 (H.C. 265/88), *Shakshir v. Commander of IDF Forces in the West Bank*, par. 17, testo tradotto riportato in HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Defence*: «*This committee gives the deportee an opportunity to submit to it his evidence and arguments and it must also allow him to call other witnesses on his behalf, if those witnesses might affect the result of the hearing. After examining the evidence and hearing the arguments of the parties or their attorneys, the consultative committee makes its recommendation to the Military Commander as regards the outcome of the relevant order... if the Commander decides, after receiving the opinion of the consultative committee, not to cancel the deportation order and to insist upon its implementation, it is open to the deportee submit a petition to the High Court of Justice*». Sentenza reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/92/730/059/Z01/92059730.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/92/730/059/Z01/92059730.z01.pdf).

<sup>326</sup> Anche se parte della dottrina ritiene che, alla luce dei diritti coinvolti, la deportazione debba essere interpretata come una vera e propria sanzione penale, da applicare alla stregua di pena accessoria, la Corte Suprema ha più volte ribadito la sua natura preventiva, legata alla ritenuta pericolosità del soggetto destinatario dell'ordine, motivo per cui essa non può essere usata per punire fatti pregressi e neppure come strumento di deterrenza. Cfr. H.C. 814/88, *Nasrallah v. Commander of IDF Forces in the West Bank*, 43 (2) P.D. 265, 271: «*such an order is legitimate only if the issuer of the order is convinced that the person intended to be deported constitutes a danger to the security of the region, and that this measure is essential in his eyes for the purpose of neutralizing this danger*».

<sup>327</sup> Art. 49, rubricato "Transportation, transfer, evacuation": "Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive. Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased".

ne esistono di lecite<sup>328</sup>. Da ciò segue che il richiamo fatto da tali disposizioni al termine “*protected person*” – definito dall’art. 4 - non può in alcun modo fare riferimento a terroristi, immigrati irregolari o spie per il semplice fatto che essi “si trovino fisicamente sul territorio di uno Stato parte del conflitto ovvero della potenza occupante, non essendone cittadini”.

Tali posizioni sono state assunte in occasione di uno dei casi di deportazioni più famosi della storia israeliana, che ha coinvolto 415 individui facenti parte di *Hamas* e delle *Islamic Jihad Organizations*<sup>329</sup>, coercitivamente trasferiti in Libano sulla base di due ordini, il n. 1381 ed il n. 1986 del 1992, adottati dai comandanti militari della *Judea* e *Samaria* e della Striscia di Gaza. Entrambi imponevano la deportazione immediata per ragioni di sicurezza, escludendo il diritto di appello avverso il provvedimento, nonostante esso venisse normalmente riconosciuto ai destinatari della misura, prima della sua esecuzione<sup>330</sup>.

La Corte Suprema censurò questa ultima previsione, sottolineando che in nessun caso un regolamento d’emergenza poteva imporre deroghe a principi fondamentali che trovano le loro basi nel diritto naturale, come il diritto di proporre appello avverso un provvedimento che incide sui diritti del singolo, o il diritto di ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, poiché in tal caso la nuova regola non sarebbe eccezionale e dipendente da elementi contingenti, ma una vera e propria modifica del sistema

---

<sup>328</sup> La questione è stata affrontata in HCJ, 785/87, *Affo et al. v. Commander of IDF Force in West Bank*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/87/850/007/Z01/87007850.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/87/850/007/Z01/87007850.z01.pdf). Vedi in particolare l’*opinion* del giudice Shamgar e quella del giudice Bach. Per una più ampia disamina di tali argomentazioni, vedi P.J. MORGAN, *Recent Israeli security Measures under the Fourth Geneva Convention*, in 3 *Conn. J. Int’l L.*, 1988, pp. 490 ss.; B. DAYANIM, *The Deportation of Palestinians: the Interaction of Law and Legitimacy*, in 30 *Stan. J. Int’l L.*, 1994, pp. 150 ss. e, più di recente, E. GROSS, *Defensive Democracy: Is it possible to Revoke the Citizenship, Deport, or Negate the Civil Rights of a Person instigating Terrorist Actions Against His Own State*, in 72 *UMKC L. Rev.*, 2003, pp. 96. Quest’ultimo si mostra a favore della legittimità degli ordini di deportazione, da dover però rileggere in chiave di diritto penale sostanziale, quali pene accessorie da far seguire alla condanna per atti di terrorismo, assieme alla perdita di cittadinanza se il *reo* è cittadino (perdita che permetterebbe di legittimamente procedere con la deportazione). Tali condotte infatti non sarebbero altro che un rifiuto espresso dei valori fondanti lo Stato di appartenenza, motivo per cui atti di infedeltà di tal genere non possono che comportare la necessaria revoca dello *status* di cittadino.

<sup>329</sup> Cfr. M.D. ALLISON, *Hamas Deportation: Israel’s Response to Terrorism During the Middle East Peace Process*, in 10 *Am. U.J. Int’l L.*, 1994, pp. 397 ss.

<sup>330</sup> H.C. 320/90, *Kawasme v. Minister of Defence*, P.D. 35 (1) 617, in cui il giudice Landau riconobbe il diritto di appello avverso una decisione, prima della sua esecuzione, come principio di diritto naturale. Per tale motivo, l’impugnazione del provvedimento di deportazione davanti al comitato doveva sempre essere garantito, anche in caso di impellenti esigenze di sicurezza idonee a rendere opportuna una rapida esecuzione della misura.

giuridico, legata alla validità temporale del provvedimento in cui è inserita, e non alla sua natura.

Alla luce di tali considerazioni i due *military orders* vennero dichiarati nulli, ma tale invalidità non andò ad inficiare quella dei singoli ordini di deportazione. La Corte, infatti, riconobbe che in casi eccezionali e per ragioni di sicurezza, era ammissibile concedere il diritto all'impugnazione del provvedimento dopo la sua esecuzione, ma si astenne dal delineare quali potessero essere le "situazioni eccezionali" che ammettono tale deroga. Nel caso di specie si limitò, infatti, ad imporre alle autorità esecutive di permettere ai ricorrenti di adire l'*advisory committee*, successivamente all'esecuzione della misura, garantendo al deportato, per quanto possibile, di apparire personalmente davanti al collegio<sup>331</sup>.

Preme sottolineare che, le argomentazioni sostenute dallo Stato di Israele in ordine alla legittimità della previsione della sez. 112 *DER*, sono state al contrario ampiamente criticate da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Nella raccomandazione 799/1992 venne condannata la "deportazione di massa" effettuata dalle autorità israeliane, poiché eseguita in grave violazione della sovranità dello Stato libanese e delle previsioni degli artt. 49 – in relazione alla irrilevanza dei motivi, per il divieto di deportazione di cui al primo comma e l'assenza di ragioni militari imperative, per attivare la deroga del comma secondo - e 147 della IV Convenzione di Ginevra<sup>332</sup>.

Tali considerazioni, tuttavia, non hanno portato ad una revisione dell'orientamento della Corte Suprema, ma hanno condotto la dottrina a proporre un innalzamento delle garanzie da riconoscere al singolo, attraverso un cambio di prospettiva: viste le numerose implicazioni sui diritti fondamentali che portano con sé le deportazioni, è stato suggerito di passare da un procedimento di natura amministrativa ad un vero *iter* giudiziario che, tenendo conto della loro natura general-preventiva, demandi ad un giudice la decisione in merito alla loro applicazione. Ancorarne l'applicazione ad una sentenza di condanna per atti terroristici, pronunciata secondo lo *standard* probatorio

---

<sup>331</sup> Cfr. HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Defence*, par. 17, testo reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/92/730/059/Z01/92059730.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/92/730/059/Z01/92059730.z01.pdf).

<sup>332</sup> Vedi risoluzione 799/1992, adottata dal Consiglio di Sicurezza il 18 dicembre 1992, reperibile on-line: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/799\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/799(1992)).

dell'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>333</sup>, permetterebbe anche di evitare la deportazione di soggetti spesso collusi, ma non veri e propri concorrenti, che condividono i motivi dell'atto, ma non forniscono aiuti causalmente rilevanti.

#### 6.2.2. La demolizione di case: sez. 119 Defence (Emergency) Regulations

La demolizione di case è tra le più controverse misure amministrative utilizzate nella prevenzione al terrorismo. Essa è regolata nella sez. 119 delle *Defence (Emergency) Regulations*, che stabilisce che un comandante militare può, attraverso un proprio ordine, confiscare case, strutture o terreni in cui ha ragione di sospettare che vi siano detenuti armi, esplosivi o granate, o che da lì essi vengano lanciati. Egli può inoltre confiscare case localizzate in qualsiasi città, quartiere o villaggio in cui vivono soggetti che egli ritiene responsabili di aver commesso, tentato, o solo favorito reati contro la sicurezza, previsti nelle DER o comunque di competenza delle Corti militari. Quando procede a confisca, il comandante può successivamente ordinarne la distruzione totale o parziale. Nonostante il dato testuale, a seconda delle circostanze del caso concreto, la distruzione può essere sostituita dalla meno incisiva misura dell'apposizione dei sigilli<sup>334</sup>.

La sez. 119 DER viene applicata soprattutto nei territori occupati e non dipende da una condanna per reati di terrorismo, non è una sanzione penale collettiva<sup>335</sup>, bensì una misura di carattere general-preventivo, lasciata alla discrezionalità dell'esecutivo ed utilizzata come deterrente, soprattutto nei confronti dei *kamikaze*<sup>336</sup>.

Nonostante ciò, parte della dottrina ha sottolineato il labile confine che intercorre tra una sanzione collettiva ed uno strumento di deterrenza, denunciando l'illegittimità della

<sup>333</sup> Vedi, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, E. GROSS, *Defensive Democracy*, op.cit., pp. 104 ss.; per un ulteriore approfondimento T. BASH-Y. GINBAR-E. FELNER, *Deportation of pelestinians from the occupied territories and the mass deportation of december 1992*, B'Tselem, Jerusalem, 1993.

<sup>334</sup> Vedi HCJ, 8084/02, *Abaasi v. Commander of the Rear*. Le autorità militari decisero di demolire le abitazioni di quattro terroristi nella zona di Gerusalemme-est, ma tre di esse si trovavano in una posizione tale per cui la demolizione avrebbe comportato il cedimento anche delle case circostanti. Per tale motivo si decise per la semplice apposizione di sigilli. Vedi sul punto anche G. GONTOVNIK, op.cit, pp. 401-403.

<sup>335</sup> Vedi in senso contrario S. DARCY, *Israel's Punitive House Demolition Policy: Collective Punishment in Violation of International Law*, 2003, reperibile on-line:  
<http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/israel-s-punitive-house-demolition-policy>.

<sup>336</sup> Cfr H.C.J, 698/85, *Dujlas v. IDF Commander in Judea and Samaria*, P.D. 40 (2) 42: «*There's no basis for the petitioners' complaint that demolishing the house involves an element of collective punishment. The object of the regulation is to achieve a deterrent effect, and this effect, by its very nature, must apply not only to the terrorist himself but also to those surrounding him, (and) certainly the members of his family who lives with him...He must know that his heinous act will not only harm him, but that they are likely to bring great suffering to his family*».

previsione della sez. 119 *DER* alla luce del dettato costituzionale e del diritto internazionale.

Visto che la clausola della sez. 10 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* impedisce alla Corte Suprema di dichiarare la nullità della norma in discorso - nonostante essa invada in modo così incisivo diritti fondamentali come quello alla *privacy* ed alla vita familiare da potersi risolvere in una vera e propria pena (o in alcuni casi addirittura in un trattamento inumano e degradante) - i giudici hanno tentato di fornirne un'interpretazione costituzionalmente conforme, richiedendo che la limitazione dei diritti protetti dalla legge fondamentale intervenga secondo quanto stabilito dalla clausola di limitazione, ovvero solo per un giusto scopo ed in modo proporzionato.

Alla luce del fatto che tale misura viene utilizzata in via quasi esclusiva nei territori, la Corte si è trovata ad analizzarla nel quadro del diritto umanitario di guerra, il cui dettato è suscettibile di essere interpretato in modo così elastico, da permettere di avvallare qualsiasi decisione dell'esecutivo.

La Convenzione dell'Aia, all'art. 46, proibisce la confisca della proprietà privata e, all'art. 23, impone il divieto di distruggere o di confiscare le proprietà del nemico, salvo imperative necessità di guerra. L'art. 53 della IV Convenzione di Ginevra, parallelamente, vieta la distruzione di beni dello Stato o degli individui, se non assolutamente necessarie dalle operazioni militari, nonché di imporre sanzioni punitive ad una persona per reati da lui non personalmente commessi. I giudici israeliani hanno tenuto conto del quadro normativo così delineato, sostenendo che la demolizione è una forma di “*effective military reaction*”, necessaria come deterrente, ma scordarono che il dettato dell'art. 53, da ultimo citato, fa riferimento a qualcosa di totalmente diverso. Da un lato, infatti, vi è una differenza sostanziale tra “operazioni militari” ed “interventi finalizzati al mantenimento della sicurezza” e, dall'altro lato, il dichiarato carattere general-preventivo della misura, a nulla rileva ai fini dell'osservanza del richiesto requisito della “assoluta necessità”<sup>337</sup>.

---

<sup>337</sup> D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, op.cit., pp. 146-148. L'Autore richiama addirittura la possibilità di inquadrare la sez. 119 *DER* in una ipotesi di rappresaglia, di cui all'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra. In senso conforme vedi L. WELCHMAN, *A Thousand and One Home: Israel's demolition and sealing of Houses in the Occupied Palestinian Territories*, paper pubblicato da Al-Haq, 1993, pp. 27 ss., reperibile on-line: <http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/a-thousand-and-one-homes>. In senso totalmente contrario vedi, anche per le opportune analisi del quadro normativo internazionale, E. GROSS, *Democracy's Struggle against Terrorism*, op.cit, pp. 165-213.

Sostenendo inoltre che la demolizione ha come fine quello di spingere i potenziali attentatori suicidi a desistere dal proprio operato, non si fa altro che richiamare una delle finalità della pena, che renderebbe la misura una sanzione penale, applicata da un organismo amministrativo, anziché da una Corte, in assenza delle garanzie tipiche del diritto penale<sup>338</sup>. Tra questi il diritto di difesa, il diritto ad essere messo a conoscenza – nel più breve tempo possibile – delle accuse a carico, nonché il diritto ad essere giudicato da un tribunale terzo ed imparziale.

In altre parole, si è statuito che la natura della sanzione non dovrebbe essere determinata da quella dell'organo statale deputato ad applicarla ma, al contrario, che è la natura dell'organo a dover essere determinata dalla natura della sanzione.

Un elemento è comunque pacifico, ossia la possibilità di procedere ai sensi della sez. 119 DER anche in assenza di condanna, tanto più che l'ordine può essere emesso anche a seguito di un attacco suicida<sup>339</sup>, o prima della formale contestazione di un'accusa circostanziata. Il punto critico, dal punto di vista applicativo, si ravvisa però nel fatto che non si ritiene necessario un legame causale tra chi risiede nella casa oggetto di futura demolizione ed il reato che la legittima. La stessa Corte Suprema ha addirittura ribadito che la misura può essere impiegata anche nei confronti di coloro che non conoscevano i propositi criminosi del presunto terrorista<sup>340</sup>, non essendo questo un elemento richiamato dal dato letterale.

<sup>338</sup> D. KRETZMER, op.cit., pp. 151-153. L'Autore fa notare come anche la Corte Suprema, nelle sue decisioni, abbia adottato termini equivoci per la definizione della natura della misura di cui alla sez. 119 DER, che hanno denotato delle chiare difficoltà nel farne salva la legittimità: essa è stata infatti definita sia come "extraordinary punitive action", sia come "punitive provision".

<sup>339</sup> Vedi AC, 6026/94, *Nazal v. Commander*, riportata in parte in E. GROSS, *Democracy's Struggle against Terrorism*, op.cit., pp. 190-191. Nei primi anni dell'occupazione gli ordini di demolizione non venivano adottati in casi di attacco suicida, poiché si riteneva che coloro che erano pronti a morire in nome dei propri ideali non potessero essere colpiti dall'effetto deterrente di alcune misure, tra cui quella della sez. 119 DER. Con il passare degli anni tale orientamento è stato superato argomentando che un "martire", nel momento in cui decide di farsi saltare in aria, deve accettare che tra le conseguenze della sua azione ci saranno ripercussioni negative sui membri della sua famiglia. L'Autore si dice a favore di tale rilettura degli effetti general-preventivi della demolizione di case, ma non affronta il problema della responsabilità per fatto altrui. Si concentra, al contrario, sulla pericolosità dei messaggi elogiativi del martirio che seguono agli attacchi terroristici, ritenendo tale circostanza più che idonea a giustificare un ordine di demolizione. L'Autore scrive infatti (p. 205): «*In my opinion, there's nothing inhuman in demolishing a terrorist's house as a deterrent measures, if such an act can potentially prevent the murder and suffering of citizens who committed no crime and did no wrong to the terrorist*».

<sup>340</sup> Vedi E. COHEN, *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories: 1967-1982*, Manchester University Press, 1985, pp. 96-97; vedi inoltre H.C., 361/82, *Khamri v. Commander in Judea and Samaria*, in *17 Isr. Ybook on Hum. Rts*, 1987, pp. 314 ss. Nella sentenza HCJ 4772/91, *Hizran v. IDF Commander in Gaza Strip*, il giudice Netanyahu, autore della *majority opinion* scrisse: «*The authority of the respondent under r. 119 is broad. It is not limited to the residential unit of the perpetrator himself. It extends beyond this, to the whole building (and even to the land), the inhabitants or some of the inhabitants of which have*



La gravità del fatto commesso risulta quindi un parametro da solo sufficiente a rendere applicabile la misura di prevenzione, anche a carico dei soggetti che coabitavano con il terrorista o sospetto tale. Sul punto, peraltro, i giudici hanno fornito un'interpretazione molto estesa del termine "abitanti", riconoscendo tali anche coloro che non risiedono in una casa in modo abituale e definendo passibile di demolizione anche la casa di famiglia, ove il soggetto responsabile di un reato violento precedentemente risiedeva<sup>341</sup>. La giurisprudenza ritiene le ripercussioni sulla vita dei familiari un elemento facilmente giustificabile e proporzionato alle esigenze di contrasto al fenomeno terroristico, poiché il rischio di vedersi privare della propria casa dovrebbe spingere i familiari di colui che sta progettando un attacco alla denuncia. A nulla rileverebbe, in tali casi, la previsione della sez. 95 del codice penale, che esclude la punibilità dei parenti che non si attivino per impedire il reato di futura commissione<sup>342</sup>.

Un limite alla discrezionalità dell'esecutivo è tuttavia rappresentato dalla introduzione dell'obbligo di garantire il diritto di appello avverso l'ordine di demolizione, quale condizione necessaria per poterlo eseguire, da esercitare prima davanti al *military commander* che lo ha emesso, e successivamente davanti alla Corte Suprema, instaurando in tal modo una procedura di controllo, anche giurisdizionale, sulla sua fondatezza<sup>343</sup>. Il diritto di appello può però essere sospeso in "*severe and exceptional cases*", che i giudici hanno individuato facendo riferimento alla gravità ed alla pericolosità dell'azione commessa e richiamando, a titolo di esempio, il lancio di

---

*committed an offence*». In caso di appartamento in affitto la Corte Suprema ha però specificato che l'ordine di demolizione, in assenza quantomeno di un sospetto coinvolgimento nell'attività criminosa del locatore, sarebbe una sanzione punitiva illegittima nei suoi confronti. In tali ipotesi è dunque necessario procedere alla semplice apposizione di sigilli.

<sup>341</sup> B. FARRELL, *Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119*, in *28 Brook. J. Int'l L.*, 2003, pp. 871 ss., in particolare 890. In HCJ, 2722/92, *Almarin v. IDF Commander in Gaza Strip*, la Corte ha indicato una via mediana. Il caso riguardava l'omicidio di una ragazza da parte di un quindicenne, a seguito del quale si emise un ordine di demolizione della casa in cui il *reo* viveva. La Corte, dopo aver rilevato che il ragazzo coabitava con altri membri della famiglia, ha dichiarato la misura sproporzionata ed ha autorizzato la demolizione della sola sezione di casa da lui abitata.

<sup>342</sup> Sez. 95, lett. a), *Penal Law 1977*: "*A person who, knowing that a particular person is planning to commit or has committed an offence under this chapter punishable by imprisonment for fifteen years or a heavier penalty, does not take reasonable action to prevent its commission, completion or consequences as the case may be, is liable to imprisonment for seven years*". La lett. c) precisa: "*The provisions of this section shall not apply to a spouse, parent, descendant, brother or sister of a person who planned to commit or committed an offence as aforesaid*".

<sup>343</sup> HCJ, 2977/02, *Adallah v. IDF Commander in Judea and Samaria*, non pubblicata.

bottiglie incendiarie ed azioni violente che abbiano causato la morte o lesioni gravi ai civili<sup>344</sup>.

In tempi più recenti la Corte ha ribadito la legittimità della misura, rendendo allo stesso tempo più stringente il controllo di proporzionalità e ragionevolezza sui presupposti applicativi dei *demolition orders*.

In ordine alla ragionevolezza è stato precisato che il giudicante, pur non dovendo sostituire la propria discrezionalità a quella degli esperti militari, deve operare un controllo di legittimità chiedendosi se, tenuto conto delle circostanze concrete, un comandante militare medio avrebbe o meno agito nello stesso modo<sup>345</sup>. Per quanto riguarda il principio di proporzione, oltre a tenere in considerazione la gravità del fatto e le circostanze in cui è stato commesso, si è imposto ai comandanti militari di ponderare il grado di coinvolgimento dei coinquilini (anche se membri della famiglia) e le possibili ripercussioni sugli edifici adiacenti.

Quello che ancora non è stato chiarito dalla Corte è però “l’*evidentiary standard*” che deve essere osservato. Anche coloro che in dottrina ammettono la legittimità della previsione della sez. 119 *DER*, ritengono necessario un onere della prova che stia a metà tra quello richiesto nel diritto civile e quello del diritto penale: l’autorità amministrativa dovrebbe agire, infatti, solo in presenza di “*clear and convincing evidences*”, in ordine alla responsabilità del destinatario della misura, per il reato commesso<sup>346</sup>.

### 7. *L’approccio bellico al terrorismo: una premessa*

Lo statuto internazionale relativo all’uso legittimo della forza si trova all’interno della Carta delle Nazioni Unite, in particolare nel capitolo VII, la cui *ratio* è quella di eliminare la competenza individuale degli Stati a decidere in ordine ad eventuali dichiarazioni di guerra, in favore di un ricorso a quest’ultima solo a seguito di una decisione collettiva, adottata da un organismo internazionale (Consiglio di sicurezza). Il proposito di mantenere la pace, quale valore superiore e condiviso tra gli Stati emerge,

<sup>344</sup> Vedi HCJ, 358/1988, *ACRI v. The Central District Commander*, testo integrale reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/88/580/003/Z01/88003580.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/88/580/003/Z01/88003580.z01.pdf). In via cautelare, se vi sono rischi per la sicurezza, le autorità competenti possono procedere solo all’apposizione dei sigilli. Cfr. in particolare il par. 9: «*I see room to distinguish between sealing and demolition. The first may be done on the spot, if circumstances require this. Before taking action of the second type (demolition), time is to be given to assert one's claims by way of objection or of petition, as the case may be*».

<sup>345</sup> H.C. 1730/96, *Sabich v. Biran*, in *19 Isr. Y.B. Hum. Rts.*, 1999, pp. 272 ss.

<sup>346</sup> Vedi E. GROSS, *Human Rights In Administrative Proceedings: A Quest for Appropriate Evidentiary Standards*, in *31 Cal. W. Int'l. L.J.*, 2001, pp. 239 ss.

infatti, già dal preambolo della Carta ONU ed è ribadito dal dettato dell'art. 1, par. 1<sup>347</sup>, nonché dal successivo art. 2, par. 4, che impone di astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza contro l'integrità territoriale e l'indipendenza politica degli altri Stati.

Le uniche previsioni che fanno eccezione, permettendo di agire attraverso l'uso della forza, sono l'art. 42 che permette di intraprendere azioni armate per garantire la sicurezza collettiva e l'art. 51 che autorizza gli Stati ad esercitare il proprio diritto naturale alla legittima difesa in caso di attacco armato, pur nei limiti della necessità, proporzionalità ed immediatezza, in attesa dell'intervento del Consiglio di Sicurezza.

L'art. 51, a partire dai fatti dell'11 settembre, sta assumendo una fondamentale rilevanza anche nel quadro della lotta al terrorismo, fenomeno che non a caso è stato definito come “minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale”<sup>348</sup>. Siffatta tendenza si sta sviluppando nonostante la formulazione di tale fattispecie risulti più restrittiva rispetto a quella derivante dalla consuetudine. Essa, infatti, non autorizza più azioni in legittima difesa in presenza di semplici aggressioni ad uno Stato, ma richiede che esse assumano le caratteristiche di vere e proprie “attacchi armati”, così come espressamente previsto dal suo dato testuale<sup>349</sup>.

Tuttavia, anche tale termine soffre di elasticità e vaghezza tali da avere dato adito ad interpretazioni contrastanti, che oggi riflettono il diverso approccio tra i “positivisti”, legati ad una lettura tradizionale del dato normativo ed i c.d. “realisti” che considerano il diritto internazionale come un processo evolutivo, un mezzo per raggiungere certi obiettivi e per salvaguardare valori condivisi.

---

<sup>347</sup> L'art. 1, par. 1, prevede tra gli scopi delle Nazioni Unite: “*To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace*”. Vedi, per la versione ufficiale, <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml>.

<sup>348</sup> Per un approfondimento nel quadro del diritto internazionale vedi M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012; più in generale C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>349</sup> La nozione consuetudinaria di legittima difesa risale alla disputa tra Regno Unito e Stati Uniti, che ha dato vita alla c.d. *Caroline doctrine*. Quest'ultima permette di agire in legittima difesa, vincolata comunque ad un *test* di necessità e proporzionalità, anche in caso di semplice aggressione, assumendo per tale motivo una portata applicativa molto più ampia rispetto alla nozione dell'art. 51 della Carta ONU. Vedi sul punto, anche per gli opportune riferimenti bibliografici, Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, IV ed, 2005, pp. 184 ss. L'Autore sostiene che dal tenore letterale dell'art. 51 si evince che la legittima difesa può essere esercitata in caso di attacco armato contro uno Stato, ma non si specifica che esso debba anche pervenire da parte di uno Stato.

I primi sostengono, infatti, che l'art. 51 si possa richiamare solo in caso di utilizzo, attuale o quantomeno imminente, della forza armata da parte di uno Stato contro il territorio di un altro Stato, escludendo così la legittimità della legittima difesa preventiva<sup>350</sup>.

A tale posizione ha sempre aderito la Corte internazionale di giustizia. Nel caso *Nicaragua v. Stati Uniti*, ad esempio, i giudici hanno negato la riconducibilità degli atti terroristici nel novero degli attacchi armati, secondo la interpretazione restrittiva richiesta in forza della eccezionalità della previsione dell'art. 51 Carta ONU, a meno che gli stessi non fossero pervenuti da parte di un altro Stato<sup>351</sup>. La stessa posizione era stata sostenuta, fino al 2001, dal Consiglio di Sicurezza che, in varie occasioni, aveva condannato azioni armate di uno Stato contro attori non statali<sup>352</sup>.

I secondi<sup>353</sup>, al contrario, ritengono che la definizione di “*armed attack*” debba essere adeguata alle attuali esigenze di difesa, per evitare che gli Stati si trovino privi degli strumenti necessari per garantire la propria sicurezza nazionale di fronte ad atti di natura terroristica, idonei ad assumere una micidialità simile, se non addirittura superiore, ad un attacco perpetrato dall'esercito di un altro Stato. Proprio per tale motivo essi considerano imprescindibile una revisione dei confini della legittima difesa e dei criteri entro cui poterla esercitare, anche per evitare che l'indeterminatezza della norma possa

---

<sup>350</sup> Vedi sul punto S. MAHMOUDI, *Self-Defence and International Terrorism*, in *Internationell våldsanvändning och folkrätt, Norstedts Juridik*, 2006, pp. 204 ss.

<sup>351</sup> Reperibile on-line: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>.

<sup>352</sup> Ne è un esempio la risoluzione n. 573/1985, con cui il Consiglio di Sicurezza aveva censurato l'azione dello Stato di Israele nell'operazione condotta in Iraq, contro la *Palestine Liberation Organization (PLO)*, ritenendo di non accogliere le giustificazioni addotte in relazione alla necessità di agire in legittima difesa, per porre fine alla costante minaccia che perveniva da tale organizzazione terroristica. Vedi on-line: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/573\(1985\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/573(1985)).

<sup>353</sup> La legittima difesa non può considerarsi invocabile nei confronti di qualsiasi atto terroristico. È necessario che esso abbia la stessa forza di un attacco armato perpetrato da uno Stato, oppure che risulti particolarmente violento e prolungato nel tempo, non potendosi configurare tale un *one-time attack*. Per evitare abusi e rendere legittimo l'intervento militare contro cellule terroristiche situate in altro Stato, anche alla luce della previsione dell'art. 2, par. 4, della Carta ONU, è necessario che: 1) gli obiettivi individuati pongano una seria minaccia terroristica, tale da far presagire un attacco imminente; 2) lo scopo della reazione armata deve essere limitato ad eliminare la minaccia; 3) la forza utilizzata deve essere proporzionata alla minaccia da eliminare; 4) la minaccia deve essere attuale; 5) l'uso della forza deve rappresentare un'*extrema ratio*, a meno che non si ritenga che l'attacco sarà sferrato prima dell'esaurimento delle procedure per la risoluzione pacifica della disputa. Vedi più ampiamente sul punto E. GROSS, *The Laws of War Waged Between Democratic States and Terrorist Organizations: Real or Illusive?*, in *15 Fla. J. Int'l L.*, 2003, pp. 389 ss., in particolare pp. 430-441.

fornire una copertura anche ad attacchi che sarebbero astrattamente inquadrabili come veri e propri crimini di aggressione<sup>354</sup>.

La linea temporale che sembra avere delineato il passaggio dall'abbandono della tradizionale teoria positivista all'accoglimento di quella realista è rappresentata dagli attacchi alle Torri Gemelle ed è segnata da tre decisioni simbolo della intervenuta "rottura" con il passato. Le prime due risalgono al 12 settembre, data in cui da una parte, il Consiglio di Sicurezza ha adottato la risoluzione n. 1368<sup>355</sup>, richiamando per la prima volta il concetto di *collective self-defence* in risposta ad attacchi terroristici e, dall'altra parte, gli Stati membri della NATO decisero di invocare, anche essi per la prima volta l'art. 5 del Patto Atlantico, dichiarando di considerare l'attacco di *Al-Qaeda* contro gli Stati Uniti una aggressione contro la NATO stessa. La terza è intervenuta il 28 settembre 2001, data in cui è stata approvata la risoluzione 1373<sup>356</sup>, con cui si è stabilito che gli attacchi terroristici costituiscono una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale.

Se, dunque, tali decisioni mostrano che a livello internazionale si sta consolidando l'esigenza di fornire una interpretazione evolutiva dell'art. 51 Carta ONU, per permettere agli Stati interessati di agire anche con l'uso della forza a tutela della propria sicurezza nazionale, ciò significa anche che è necessario pensare a degli interventi idonei ad evitare derive patologiche del sistema internazionale.

In altre parole, per non tradire la *ratio* del Trattato di S.Francisco e per non porre nel nulla il ruolo di controllo sull'uso legittimo della forza del Consiglio di Sicurezza, è

---

<sup>354</sup> Il riferimento è al crimine di aggressione, la cui compiuta formulazione si deve ai lavori della Conferenza di Kampala del 2010. Per un approfondimento vedi I. CARACCIOLU-U. LEANZA, *Luci ed ombre della conferenza di Kampala sulla revisione dello statuto della Corte penale internazionale*, in *Comun. int.*, 2010, pp. 227-253; G. PECCHIONI, *Sull'aggressione di uno Stato quale necessario presupposto del crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 1086-1099; G. DELLA MORTE, *La conferenza di revisione dello statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 697-752.

<sup>355</sup> Testo reperibile on line: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1368\(2001\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368(2001)).

<sup>356</sup> Tale soluzione è stata fortemente criticata dal *Relatore speciale per la promozione e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo*, nel c.d. "sesto rapporto Scheinin", poiché con essa il Consiglio di Sicurezza ha esercitato *de facto* dei poteri legislativi che non gli competono. Gli obblighi agli Stati membri con essa imposti (relativi ad esempio al congelamento di beni, alle procedure di *listing*, alla prevenzione di attacchi terroristici, alla previsione di reati di terrorismo con congrue pene, scambio di informazioni e cooperazione giudiziaria), non hanno infatti limitazioni *ratione temporis* o *materiae* e si applicano quindi a tutti gli atti terroristici. Vedi il rapporto finale del 6 agosto 2010, Un Doc A/65/258 e, per un commento, G. NESI, *Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale alla luce del rapporto del relatore speciale dell'ONU*, in *Comun. int.*, 2011, pp. 73 ss. Vedi inoltre, per i successivi sviluppi a livello internazionale, ID, *An Approach to Terrorism*, pp. 97 ss., in M. ODELLO-G. BERUTO (eds.), *Global Violence: Consequences and Responses*, F. Angeli, Milano, 2011.

necessario prima di tutto fornire criteri coerenti ed oggettivi, che permettano di stabilire quando un attacco terroristico possa assumere i connotati di un attacco armato tradizionalmente inteso<sup>357</sup>. Tutto questo senza trascurare la necessità di tracciare dei limiti di intervento preventivo, fornendo una definizione chiara e precisa dei presupposti che legittimano la *anticipatory self-defence* ed in particolare, tra di essi, il criterio della imminenza dell'attacco<sup>358</sup>.

### 7.1. L'allineamento dello Stato di Israele

Il modello giuridico di contrasto al terrorismo, nell'esperienza israeliana, si avvicina molto a quello adottato dagli Stati Uniti all'indomani dei gravi fatti dell'11 settembre, poiché riassume tratti tipici del diritto penale e della guerra.

Si può affermare, infatti, che il piano legislativo di lotta al terrorismo si risolve, da un lato, in una dimensione dinamica o *in action*, caratterizzata dal richiamo al diritto bellico e, dall'altro lato, in una dimensione statica, connotata dall'utilizzo di strumenti di natura amministrativa e penalistica. Il quadro che va così a delinearsi, riflette la teoria secondo cui il terrorismo non è un crimine «ma una differente dimensione di esso, una versione di crimine superiore e più pericolosa, una sorta di super-reato che deve incorporare alcune delle caratteristiche della guerra»<sup>359</sup>.

A partire soprattutto dallo scoppio della seconda *Intifada* (2000), l'intensità degli scontri tra esercito israeliano e popolazione palestinese ha raggiunto livelli allarmanti, dovuti soprattutto ad un cambio di strategia delle organizzazioni terroristiche, che sempre più spesso sfruttavano la folla di civili per nascondere attentatori suicidi. Da quel momento, infatti, il governo decise di modificare la sua posizione ufficiale sulla natura degli attacchi contro lo Stato di Israele da parte di gruppi organizzati palestinesi,

---

<sup>357</sup> Si oppone alla utilità di individuare una soglia di intensità per far rientrare atti di terrorismo nel novero degli attacchi armati S.R. RATNER, *Self Defence against Terrorists: the Meaning of Armed Attack*, pp., 425 ss., in N. SCHRIJVER-L. VAN DEN HERIK (eds.), *Counter Terror Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*, Cambridge University Press, 2013.

<sup>358</sup> Vedi, più ampiamente, C. STAHN, *Terrorist Acts as "Armed Attack": the Right to Self-Defense, Article 51(1/2) of the UN Charter and International Terrorism*, in *Fletcher Forum World Aff.*, 2003, pp. 48 ss.

<sup>359</sup> Vedi G.P. FLETCHER, *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, p. 371, in M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007. L'Autore si esprime in tali termini ragionando sulle modalità di definizione del terrorismo (e non sugli strumenti di contrasto), che lo spingono a rifiutare delle classificazioni meramente stipulative ed imposte *ex autoritate* dai governi, preferendo concentrarsi sulla descrizione del fenomeno, abbandonando eccessivi formalismi. Ciò che davvero risulta necessario, è concentrarsi sulla sua natura e sulle caratteristiche tipiche delle organizzazioni terroristiche.

definendoli “attacchi armati”, grazie al richiamo alla “*accumulation doctrine*”. In particolare, nel *position paper* presentato nel 2001 al *Sharm El Sheikh Fact-Finding Committee (the Mitchell Commission)*, le autorità israeliane utilizzarono il termine “*armed conflict short of war*”<sup>360</sup>.

Nel 2002 tale cambio di prospettiva ottenne anche l'avvallo della Corte Suprema che, allineandosi alle istanze dell'esecutivo, argomentò come segue: «*Israel finds itself in the middle of difficult battle against a furious wave of terrorism. Israel is exercising its right of self defense. See The Charter of the United Nations, art. 51. This combat is not taking place in a normative void. It is being carried out according to the rules of international law, which provide principles and rules for combat activity*»<sup>361</sup>. Nella successiva sentenza *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*<sup>362</sup> la Corte fide ricorso al termine “*armed struggle*”, mentre solo nel 2004, con la sentenza *Beit Sourik Village Council v the Government of Israel*<sup>363</sup>, venne utilizzato il termine di “*armed conflict*”, riconoscendo in tal modo all'esercito un'autorizzazione espressa per operare nel paradigma del diritto bellico<sup>364</sup>.

Non è un caso, quindi, che il governo israeliano abbia insistito affinché si giungesse ad una definizione del terrorismo quale nuova tipologia di conflitto armato, poiché in tal modo lo Stato ha potuto avvalersi della clausola di cui all'art. 51 della Carta ONU, ponendosi in linea con gli sviluppi nella lotta al terrorismo nella comunità internazionale. Tale meccanismo permette infatti all'esecutivo di sfruttare lo *ius ad bellum* prima e lo *jus in bello* poi, mostrando come, in tale Paese, la sicurezza nazionale

---

<sup>360</sup> La posizione dello Stato di Israele è così riassumibile: «*Israel is engaged in an armed conflict short of war. This is not a civilian disturbance or a demonstration or a riot. It is characterized by live-fire attacks on a significant scale both quantitatively and geographically... The attacks are carried out by a well armed and organized militia, under the command of the Palestinian political establishment operating from areas outside Israeli control*». Vedi *Sharm El Sheikh Fact-Finding Committee, First Statement of the Government of Israel*, 28 December 2000, par. 286, testo integrale reperibile on-line: <http://mfa.gov.il/MFA/MFA-Archive/2000/Pages/Sharm%20el-Sheikh%20Fact-Finding%20Committee%20-%20First%20Sta.aspx>.

<sup>361</sup> Vedi HCJ 3451/02, *Almandi v Minister of Defense*, par. 9, testo integrale della reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/510/034/a06/02034510.a06.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/510/034/a06/02034510.a06.pdf).

<sup>362</sup> HCJ 7015/02, on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/150/070/A15/02070150.a15.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/150/070/A15/02070150.a15.pdf).

<sup>363</sup> HCJ 2056/04, on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/04/560/020/A28/04020560.a28.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/560/020/A28/04020560.a28.pdf).

<sup>364</sup> Vedi, per gli opportuni approfondimenti, G. RAGUAN, *Adjudicating Armed Conflict in Domestic Courts: the Experience of Israel's Supreme Court*, in 13 *Y.B. Int'l Hum L.*, 2010, pp. 71 ss.

sia considerata un bene collettivo primario e per questo tendenzialmente prevalente nel bilanciamento con alcuni diritti fondamentali<sup>365</sup>.

Così ragionando si dà sostanza alla clausola omnicomprensiva della “*War on Terror*”, poiché si creano dei precedenti con cui si riconosce il terrorismo come nuovo conflitto armato, diverso rispetto a quello a cui si riferiscono tradizionalmente le Convenzioni dell’Aia e di Ginevra. Esso viene così a rappresentare una nuova tipologia di guerra, ove gli attori principali non sono più solo gli Stati, ma anche i gruppi organizzati muniti di arsenale bellico, che abusano delle garanzie del diritto internazionale conducendo le proprie attività militari senza osservarne le regole. Non esistono, inoltre, vere dichiarazioni di guerra, non vi è localizzazione geografica del conflitto e soprattutto ci si trova a dover fare i conti con la sovranità degli Stati sui cui territori operano le varie cellule terroristiche, magari ad insaputa degli stessi governi

Il terrorismo va così a colmare la “zona grigia” tra delitto e guerra, poiché i suoi attori posso essere fatti rientrare in una categoria mediana, tra uno Stato convenzionale e le forze militari destinatarie delle previsioni delle Convenzioni internazionali<sup>366</sup>.

Decidere di qualificare il terrorismo alla stregua di un atto di guerra non porta quindi a conseguenze marginali o di semplice etichetta. Basti pensare agli effetti connessi alla creazione di una nuova categoria di combattenti, gli *unlawful combatants*, ai quali si sono negate le garanzie dei prigionieri di guerra, ed in alcuni casi persino gli *standards* minimi di diritto umanitario previsti dall’art. 3<sup>367</sup> comune alle quattro Convenzioni di

---

<sup>365</sup> Vedi E. GROSS, *Thought is Self-Defence against Terrorim: what does it mean?. The Israeli Perspective*, in *14 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2005, pp. 579 ss.

<sup>366</sup> Vedi G.P. FLETCHER, op.cit., p. 370. L’Autore illustra quattro diversi modi di intendere il rapporto tra diritto e guerra: 1) diritto e guerra sono categorie distinte e non sovrapponibili, quale concezione accolta dalle Convenzioni di Ginevra, vista la distinzione netta tra civili e combattenti; 2) il reato e la guerra sono categorie sovrapponibili, tali per cui una stessa azione può essere ricompresa in entrambe; 3) diritto e guerra sono due categorie non esclusive, poiché esistono casi non suscettibili di esservi inquadrati, come ad esempio i combattenti illegittimi o i civili che prendono parte alle ostilità; 4) diritto e guerra possono essere sovrapponibili per certi aspetti, mentre per altri mantengono una netta distinzione. Vedi in particolare pp. 367-368.

<sup>367</sup> L’art. 3, par. 1, prevede un espresso divieto, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa, in relazione ai seguenti atti: a) le violenze contro la vita e l’integrità corporale, specialmente l’assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b) la cattura di ostaggi; c) gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; d) le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili.



Ginevra, e dall'art. 75<sup>368</sup> del I Protocollo addizionale, rubricato appunto “*garanzie fondamentali*”.

Il maggiore problema connesso allo spostamento sul piano del diritto bellico, infatti, riguarda il rischio di creare uno stato di eccezione permanente, idoneo ad incidere in via definitiva sul sistema giuridico, creando delle zone grigie che rischiano di sfuggire dai limiti imposti dalla *Rule of Law* e cadere così in uno spazio libero dal diritto, poiché regolato solo dall'utilitarismo politico. Come è stato correttamente sostenuto, «la guerra mette in crisi tutti i valori, ed il diritto penale riflette immediatamente nuovi bilanciamenti, che ne sconvolgono l'assetto ordinario. La guerra può anche essere bandita dal novero degli strumenti del diritto (...), ma finora non è stata espulsa dal mondo della realtà, sicché il diritto se ne deve occupare»<sup>369</sup>.

## 7.2. *Terrorismo e legittima difesa passiva: la barriera di sicurezza*

Il 23 luglio 2001 il governo israeliano adottò una raccomandazione con cui rese pubblica la decisione di costruire una barriera di sicurezza per difendere il Paese dagli attacchi provenienti dai territori palestinesi e per impedire ai terroristi suicidi di infiltrarsi tra la popolazione israeliana<sup>370</sup>.

Il *security fence* non venne però costruito lungo la *Green-Line*. L'esecutivo incluse nel progetto anche parte del territorio di *West Bank*, disegnando la linea del muro in modo tale da poter comprendere anche gli insediamenti ebraici in Palestina<sup>371</sup>.

<sup>368</sup> L'art. 75, par. 2, prevede che sono e resteranno proibiti, in ogni tempo e in ogni luogo, sia che essi siano commessi da agenti civili o militari, i seguenti atti: a) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico o psichico delle persone ed in particolare l'omicidio, la tortura sotto qualsiasi forma, sia essa fisica o psichica, le pene corporali e le mutilazioni; b) gli oltraggi alla dignità della persona, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti, la prostituzione forzata ed ogni forma di offesa al pudore; c) la cattura di ostaggi; d) le pene collettive.

<sup>369</sup> Così S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, CEDAM, Padova, 1998, p. 14.

<sup>370</sup> Il fine perseguito con la decisione militare del 23 luglio 2001 era quello di garantire sicurezza: «*The Security Fence is a central component in Israel's response to the horrific wave of terrorism emanating from the West Bank, resulting in suicide bombers who enter into Israel with the sole intention of killing innocent people. The "Security Fence" is a manifestation of Israel's basic commitment to defend its citizens, and once completed, it will improve the ability of the IDF to prevent the infiltration of terrorists and criminal elements into Israel for the purpose of carrying out terrorist attacks or the smuggling of arms and explosives*». Vedi <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/purpose.htm>.

<sup>371</sup> Il 16 giugno 2002 Israele ha dato inizio alla costruzione di una barriera di sicurezza in cemento armato, alta 8 metri (in alcune parti anche 10), larga in media dai 50 ai 70 metri (in alcune parti 100), munita di fossati, filo spinato e recinzione elettrificata, torrette per i cecchini, videocamere, sensori termici e strade per il pattugliamento. Una volta ultimata dovrebbe raggiungere la lunghezza di 850 Km, mentre il confine tra Israele e Palestina sarebbe meno di 200 km; ad oggi è stata costruita per il 60%. Il muro in certi punti si discosta di oltre 28 km dalla *Green-Line*, andando a costituire le c.d. *seam zone* in cui vivono circa 160.000 palestinesi ed in altri penetra di oltre 7,5 km all'interno del territorio palestinese

La popolazione residente nei territori occupati si vedeva in tal modo privata della propria terra (a causa delle confische per esigenze di sicurezza) e limitata nella propria libertà di movimento, non potendo accedere ai terreni da coltivare, agli altri villaggi arabi, alle fonti idriche, alle scuole ed agli ospedali, se non muniti di appositi permessi. Gli effetti della costruzione del muro, infatti, ricaddero soprattutto sui palestinesi, la cui economia (già debole) subì quasi un tracollo.

Le doglianze di questi ultimi portarono alla presentazione di un ricorso alla Corte Suprema, che si pronunciò il 30 giugno 2004, dieci giorni prima della pubblicazione della *advisory opinion* della Corte internazionale di giustizia che, su istanza della Assemblea Generale dell'ONU, decise sulla medesima questione<sup>372</sup>.

È curioso notare come le due Corti, pur decidendo sui medesimi fatti e con richiamo alle medesime disposizioni di diritto internazionale, abbiano raggiunto conclusioni profondamente diverse.

La Corte internazionale, in particolare, concluse per l'illegittimità del *security fence*, poiché eretto in violazione delle previsioni della Convenzione dell'Aia e della IV Convenzione di Ginevra, che impediscono alla potenza occupante di confiscare terre e sviluppare opere o infrastrutture sui territori occupati, a meno che tali attività non siano dettate da impellenti esigenze militari o finalizzati alla protezione della popolazione locale. In nessun caso, infatti, i comandanti militari competenti ad amministrare il territorio possono prendere decisioni basate su necessità politiche o socio-economiche dello Stato di appartenenza.

La Corte ritenne infondate le esigenze di sicurezza nazionale avanzate dallo Stato di Israele e rigettò, poiché improprio, il richiamo all'art. 51 Carta ONU: la minaccia

---

(80% del suo percorso si snoda in territorio occupato). Per garantire il passaggio alla popolazione locale sono attivi 700 *check-points* (alcuni anche interni ed aperti al passaggio poche ore al giorno), per gran parte sotto il controllo dell'esercito israeliano e 66 *farm-gates*. I dati sono stati forniti dalla associazione delle donne israeliane contro l'occupazione, MachsomWatch.

<sup>372</sup> L'Assemblea Generale, alla luce dell'art. 96, par. 1, della Carta ONU, l'8 dicembre 2003 ha adottato la risoluzione AR/RES/ES-10/14 (A/ES-10/L.16), con cui ha chiesto alla Corte internazionale di giustizia di rendere una *advisory opinion* sulla seguente questione: "What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around Est-Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?". Vedi testo on-line: <http://www.un.org/News/Press/docs/2003/ga10216.doc.htm>. La posizione della comunità internazionale è chiaramente illustrata dal verbale della Assemblea generale ONU del 20 ottobre 2003: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/534E668989EA4AE685256E1500708DAF>.

prospettata dal governo israeliano non poteva considerarsi “esterna”, così come previsto dalle richiamate risoluzioni 1368 e 1373 (2001)<sup>373</sup>, poiché risultava pervenire da una zona sottoposta al suo pieno controllo. Essa rilevò altresì che le gravi violazioni ai diritti fondamentali della popolazione palestinese, non potendo essere giustificate da imperativi militari o necessità di mantenimento dell'ordine pubblico, rendevano dunque la decisione del governo israeliano un tentativo di annessione di fatto di parte dei territori sottoposti ad occupazione bellica.

Per tale motivo e vista la palese correlazione tra il percorso del muro e la localizzazione degli insediamenti ebrei nei territori occupati, i giudici statuirono che lo Stato di Israele aveva agito per finalità meramente politiche<sup>374</sup>, in violazione del diritto internazionale.

La Corte Suprema israeliana, al contrario, nella famosa sentenza *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel*<sup>375</sup>, basò la sua decisione proprio sulla situazione di grave minaccia alla sicurezza nazionale, posta soprattutto dai terroristi suicidi provenienti da *West Bank* che, nel 2002, avevano giustificato due operazioni militari (*Defensive Wall e Determined Path*), risultate delle misure di deterrenza insufficienti a prevenire ulteriori attacchi. Si stima, infatti, che tra settembre del 2000 ed i primi mesi del 2004 vi furono più di 780 attacchi in Israele e più di 8200 nei territori. I giudici israeliani, dopo aver confermato l'applicabilità delle Convenzioni dell'Aia e di Ginevra, riconobbero altresì l'applicabilità dell'art. 51 ONU, considerando il *security fence* un

<sup>373</sup> Cfr. par. 138-139 della *Advisory opinion: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, pronunciata dalla Corte il 9 luglio 2004, testo reperibile on-line: [http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/muro\\_israeliano/ALL1\\_2-CORTEINTER.pdf](http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/muro_israeliano/ALL1_2-CORTEINTER.pdf). Per un commento vedi anche I. SCOBIE, *Smoke, Mirrors and Killer Whales: the International Court's Opinion on the Israeli Barrier Wall*, in *9 Ger. L. J.*, 2004, pp. 1107-1131, in particolare pp. 1129 ss. ove si dà conto delle *separate opinions* dei giudici Kooijmans, Higgins e Buergenthal. Essi, riconoscendo l'intervenuta modifica nell'interpretazione dell'art. 51 Carta ONU, alla luce delle due risoluzioni del 2001, ammettono che un atto terroristico possa essere considerato attacco armato, ritenendo ininfluenza il fatto che esso venga sferrato da un attore non statale. Sul punto vedi anche S. MAHMOUDI, *Self-Defence and International Terrorism*, op.cit., pp. 221-222.

<sup>374</sup> *Ibid.*, in particolare par. 212. Si mostra molto critico sul punto T.E. FROSINI, *La Corte di giustizia e il muro in Israele*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 841: «la scelta di una barriera difensiva compete solo alla politica dello Stato, che ha deciso di adottare questa soluzione estrema per ragioni di sicurezza, una materia questa che non può certo essere sottratta alla politica statale, e semmai può essere sindacata da un giudice interno e non internazionale». Si è infatti evidenziato come la Corte internazionale di giustizia abbia preso una decisione politica sulla questione, che emerge anche dalla chiosa preliminare sulla terminologia utilizzata: i giudici affermarono che avrebbero utilizzato il termine “muro”, lo stesso di cui si era avvalsa l'Assemblea generale, e non quello di “barriera di sicurezza” (*security fence, security barrier*) fatto valere dallo Stato di Israele.

<sup>375</sup> HCJ, 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel*, testo reperibile on-line: [http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/muro\\_israeliano/sentenza\\_corte\\_israeliana.pdf](http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/muro_israeliano/sentenza_corte_israeliana.pdf). Per un commento vedi D. CODUTI, *La «Separation Barrier» al vaglio della Corte Suprema israeliana*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 4835 ss.

sistema di difesa preventiva e passiva (*nonforcible*) nei confronti di futuri attacchi terroristici<sup>376</sup>.

La Corte Suprema fece proprie le argomentazioni del governo, secondo cui le ragioni sottese alla costruzione della barriera di sicurezza, pensata come misura preventiva temporanea, erano legate a impellenti esigenze militari ed alla necessità di agire a garanzia della sicurezza nazionale, e non riflettevano invece la volontà di costruire un confine politico. Essa, dunque, richiamando il disposto degli artt. 23, lett. g) e 52 della Convenzione dell'Aia e dell'art. 54 del I protocollo addizionale alla IV Convenzione di Ginevra<sup>377</sup>, giudicò valide e legittime le confische di terre in *West Bank*. Tuttavia, non mancò di sottolineare che i comandanti militari, seppur mossi da esigenze di sicurezza nazionale, dovevano attenersi al principio di ragionevolezza ed a quello di proporzionalità che, nel caso oggetto di giudizio ed in relazione ad alcuni tratti del muro, non risultava essere stato pienamente osservato. In forza di tale argomentazione i giudici ravvisarono infatti una indebita limitazione delle libertà della popolazione palestinese ed intimarono alle autorità competenti di procedere alla revisione di specifici segmenti del percorso della barriera.

In relazione al principio di ragionevolezza, la Corte ha introdotto in tale *decisum* un elemento che mostra la chiara propensione a far prevalere il bene “sicurezza collettiva”, rispetto ai vincoli derivanti dalla legislazione umanitaria. Si precisa infatti che, vista la minima esperienza dei giudici nel campo della strategia militare, l'opinione dei *military commanders* in materia di misure di contrasto al terrorismo deve godere di una presunzione di ragionevolezza rafforzata, che può essere sconfessata solo in presenza di “*very convincing evidences*”. L'onere della prova viene in tal modo a gravare sul coloro

---

<sup>376</sup> La Corte in tal modo ha preso posizione sulla possibilità di agire in forza della legittima difesa preventiva ai futuri e potenziali attacchi terroristici, mostrando di adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 51 ONU, modellata su quella della c.d. *Caroline doctrine*. Tale disposizione deve essere adeguata ai tempi moderni ed alle minacce attuali, non potendosi chiedere ad uno Stato di attendere di essere colpito, magari da un attacco nucleare, subendo conseguenze devastanti, prima di poter reagire. Si è fatto notare che la costruzione della barriera di sicurezza è un atto non convenzionale di legittima difesa, poiché non implica l'uso della forza. Tuttavia, ritenendo la legittima difesa passiva una *species* del *genus* della legittima difesa attiva, rappresentata da attacchi militari per terra e per aria, non si può concludere che per la legittimità della misura adottata per garantire la sicurezza nazionale. Vedi, più diffusamente, E. GROSS, *Combating Terrorism: Does Self-Defence Include the Security Barrier? The Answer Depends on Who You Ask*, in 38 *Cornell Int'l L. J.*, 2005, pp. 574 ss.

<sup>377</sup> Vedi par. 32 della decisione. L'art. 23, lett. g), fa riferimento a necessità dettate dalla guerra, l'art. 53, al contrario, richiama i bisogni dell'esercito d'occupazione, mentre l'art. 54 del I Protocollo addizionale richiama le “azioni militari”.

che vedono i propri diritti lesi, se non addirittura violati, nel nome della difesa dello Stato<sup>378</sup>.

Ciò che è da elogiare è però la costruzione di uno stringente *test* di proporzionalità, da adottare per il vaglio di legittimità delle misure di prevenzione<sup>379</sup>. Esso si snoda su tre livelli: 1) “*compatibility test*”, ovvero una valutazione circa l’idoneità della misura a raggiungere uno specifico scopo prefissato; 2) “*least harm test*”, secondo cui si deve accertare se tra tutte le misure astrattamente possibili, quella prescelta sia la meno invasiva; 3) “*proportionality test*”, che prevede il bilanciamento tra danni causati e benefici perseguiti. La Corte specifica, inoltre, che l’ultimo requisito può essere valutato sia su base assoluta, prendendo in considerazione danni causati e benefici raggiunti, sia su base relativa, mettendo a confronto la misura adottata con un’altra meno invasiva, anche se quest’ultima permette di raggiungere una utilità inferiore. La misura prescelta potrebbe infatti risultare sproporzionata se ne esistesse un’altra che, pur garantendo meno benefici, comportasse una riduzione sensibile dei danni materiali cagionati<sup>380</sup>.

Accanto a questi tre *sub-test*, tuttavia, la Corte ha tradizionalmente riconosciuto la presenza del c.d. “*margin of constitutional appreciation*” o “*margin of proportionality*”, da rapportare, caso per caso, alla natura del diritto fondamentale in gioco ed alla intensità della sua limitazione, quali elementi da dover poi considerare alla luce della natura e sostanza dei contro-interessi posti in bilanciamento. La Corte potrà dunque intervenire in tutti i casi in cui la misura preventiva si allontani in modo significativo dal

<sup>378</sup> Vedi par. 46-47 della decisione.

<sup>379</sup> Vedi, più ampiamente, E. GROSS, *Fighting Terrorism with one Hand Tied Behind the Back: Delineating the Normative Framework for Conducting the Struggle Against Terrorism within a Democratic Paradigm*, in *29 Wis. Int'l L.J.*, 2011, pp. 23 ss. Secondo le stime del Ministero dell’interno, nel mese di marzo 2002 vennero uccisi 135 israeliani ed altri 721 vennero feriti a seguito di atti terroristici; mentre tra agosto 2003 e giugno 2004, primi 11 mesi di costruzione del muro, vennero sferrati solo 3 attacchi che uccisero 26 persone e ne ferirono 76. Si stima inoltre che tra settembre 2000 (inizio della seconda *Intifada*) a luglio 2003 (data di inizio della costruzione) vennero sferrati 73 attacchi, con 293 israeliani morti e 1950 feriti. Ciò significa che vi è stata una riduzione di più del 70% nel numero di vittime, da una media di 103 all’anno prima della costruzione del muro, a 28 dopo la stessa. È stata inoltre registrata una riduzione dell’85% nel numero dei feriti, da una media di 688 all’anno prima del muro, ad 83 dopo il muro. Vedi [www.securityfence.mod.gov.il](http://www.securityfence.mod.gov.il).

<sup>380</sup> Vedi par. 40, 41 e 42 della decisione. Il giudice Barak aveva infatti già affermato tale principio nella sentenza della *High Court of Justice*, 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*, in materia di interrogatori: «*sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. Preserving the rule of law and and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties*».

livello di garanzia così individuato, mostrandosi chiaramente sproporzionata rispetto alle esigenze del caso concreto<sup>381</sup>.

Diversa è invece la questione relativa alla legittima difesa attiva, che più di tutte mette in rilievo la prevalenza accordata dallo Stato di Israele alla sicurezza nazionale, intesa come bene collettivo, rispetto ad alcuni diritti individuali.

### 7.3. Terrorismo e legittima difesa attiva: omicidi mirati e combattenti illegittimi

Dopo lo scoppio della seconda *Intifada*, la sicurezza nazionale dello Stato di Israele venne messa a serio rischio soprattutto dai terroristi suicidi che si nascondevano tra civili innocenti. Per tale motivo venne fatto ampio uso della c.d. “*targeted killing policy*”<sup>382</sup>, finalizzata alla uccisione di terroristi pericolosi coinvolti nella pianificazione o preparazione di attentati terroristici. Essa venne comunque fortemente criticata poiché, incidendo su un diritto fondamentale ed inalienabile come quello alla vita, correva il rischio di risolversi in una uccisione arbitraria di soggetti innocenti, o comunque passibili di cattura e di condanna a seguito di un giusto processo.

Proprio questo genere di rilievi spinsero le associazioni a tutela dei diritti umani a sottoporre un ampio numero di ricorsi alla Corte Suprema, che si pronunciò per la prima volta sulla legittimità di tale misura preventiva nel 2006, con una decisione che è stata definita storica<sup>383</sup>: essa fu, infatti, la prima ed unica Corte nel panorama internazionale

<sup>381</sup> Cfr. CA, 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, pp. 438, estensore Barak; CrimA, 6659/06 *A. v. the State of Israel*, par. 31, estensore Beinisch. Tale unità di vedute mostra la continuità dell’attivismo a favore della tutela dei diritti fondamentali, che ha avuto la sua stagione d’oro a partire dal 1992, anno in cui Barak assunse la presidenza della Corte Suprema e che si è poi perpetuato nelle decisioni del suo successore.

<sup>382</sup> Per una panoramica sul tema vedi D. KRETZMER, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, in *16 Eu. J. Int’l L.*, 2005, pp. 171 ss., in cui l’Autore illustra tre differenti modelli entro cui inserire tale misura: *Law Enforcement Model*, *Armed Conflict Model* e *Mixed Model*; A. GUIORA, *Targeted Killing as Active Self-Defence*, in *36 Case W. Res. J. Int’l L.*, 2004, pp. 319 ss. Secondo i dati di B’Tselem, organizzazione per i diritti umani nei territori occupati, nel periodo tra il 2000 ed il 2012, l’esercito israeliano uccise 437 palestinesi avvalendosi di omicidi mirati, nonostante gli obiettivi prescelti fossero 262 (175 persone sono risultati semplici danni collaterali). Vedi on-line: <http://www.btselem.org/statistics>. L’ultimo omicidio mirato risale al 30 aprile 2013, data in cui venne ucciso a Gaza un militante della *Global Jihad*, ventiquattrenne esperto in esplosivi, che aveva già collaborato a numerosi attacchi terroristici. Vedi *IAF kills Gaza militant in the first strike since Pillar of Defence*, in *Haartz*, 30 aprile 2013.

<sup>383</sup> HCJ, 769/02, *Public Committee against Torture v. Government of Israel*, testo reperibile on line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/690/007/A34/02007690.a34.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/A34/02007690.a34.pdf). I ricorrenti sostenevano la manifesta illegalità degli omicidi mirati, poiché lo Stato di Israele non si trovava coinvolto in un conflitto armato internazionale. Per tale motivo, così come accade in altri Stati, la lotta al terrorismo avrebbe dovuto essere condotta nel quadro del diritto penale, privilegiando sempre la cattura ed il processo ed evitando i *legal black-holes* che caratterizzano la misura degli omicidi mirati. In tali casi, infatti, le decisioni vengono prese in segreto e lontano dal controllo degli organi di garanzia. I ricorrenti

ad assumersi il gravoso compito di valutare la legittimità di siffatto metodo di contrasto al terrorismo.

I giudici, preliminarmente, precisarono che lo Stato Israele si trovava coinvolto in un conflitto internazionale, dovuto ai continui attacchi armati che pervenivano dai territori occupati, motivo per cui essi avrebbero fatto applicazione dell'art. 51 della Carta ONU e di conseguenza del diritto umanitario di guerra.

Uno dei punti maggiormente controversi e per questo interessanti della decisione è rappresentato dal rifiuto opposto dalla Corte di riconoscere la categoria degli *unlawful combatants*<sup>384</sup>, quale *tertium genus* posto in posizione mediana tra la categoria dei combattenti e quella dei civili, dato che né la Convenzione dell'Aia, né quelle di Ginevra, permettevano di ravvisare gli estremi utili per un loro riconoscimento formale. La Corte, infatti, inquadrò i terroristi tra i “civili combattenti” (o *unprotected persons*), secondo l'accezione negativa e residuale offerta dall'art. 51, comma 3, del I Protocollo addizionale alla IV Convenzione di Ginevra<sup>385</sup>. Essi, in tal modo, non possono godere del diritto a non essere processati riconosciuto ai prigionieri di guerra, ma neppure della immunità conferita ai civili rispetto all'utilizzo della forza.

---

denunciavano inoltre l'erroneo richiamo ad una terza categoria di combattenti, dovendo eventualmente ricorrere, nell'ottica della misura contestata, alla previsione dell'art. 51 comma 3, del I Protocollo addizionale alla IV Convenzione di Ginevra, fornendo una interpretazione molto restrittiva delle clausole di deroga alle immunità concesse ai civili in costanza di conflitto armato. I resistenti, al contrario, sostenevano l'inammissibilità del ricorso per carenza di giurisdizione della Corte, chiamata a valutare scelte operative dell'esercito. In via subordinata facevano valere la possibilità di applicare l'art. 51 Carta ONU e di richiamare la legislazione umanitaria di guerra quale parametro giuridico del giudizio. Essa permette infatti di individuare tra gli obiettivi degli omicidi mirati anche i civili, alle condizioni del sopra richiamato art. 51 comma 3, da interpretarsi in modo estensivo, al fine di ritenere parte attiva del conflitto anche chi pianifica o opera come mandante di un attacco terroristico.

<sup>384</sup> Nella sua *concurring opinion*, in giudice Rivlin fa notare che nonostante l'impossibilità, espressa a chiare lettere da parte del Presidente Barak, di poter interpretare in diritto internazionale in modo talmente esteso da riconoscere l'intervenuta creazione della categoria degli *unlawful combatants*, la posizione da lui assunta porta ad un riconoscimento indiretto della loro esistenza. Che si voglia riferirsi a combattenti illegittimi o civili combattenti, la differenza resta solo nominale, poiché l'effetto è quello di sottrarre a tali soggetti le immunità dei civili ed i diritti dei prigionieri di guerra.

<sup>385</sup> L'art. 51, comma 3, prevede: “*civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities*”. Il richiamo a tale previsione non era così scontato, posto che lo Stato di Israele (così come Stati Uniti e Regno Unito) non ha ratificato il Protocollo. Quest'ultimo, infatti, introduce nel panorama internazionale la figura dei *freedom fighters*, con il rischio di farvi rientrare i terroristi, imponendo così agli Stati di considerarli prigionieri di guerra ed impedendogli di sottoporli a processo per le loro azioni. Tuttavia, la Corte, ha riconosciuto applicabile l'art. 51 alla luce del suo carattere consuetudinario. Vedi par. 31 della decisione.

Da ciò segue che i terroristi possono essere considerati “*target*” solo in presenza di alcuni elementi<sup>386</sup>: 1) devono prendere parte alle ostilità utilizzando armi, raccogliendo informazioni o ponendo in essere attività preparatorie utili alla predisposizione di un attacco armato; 2) la partecipazione deve essere “diretta”.

Tale termine rappresenta il vero spartiacque per distinguere un omicidio legittimo da un crimine di guerra, motivo per cui la Corte si è dilungata sul criterio interpretativo da dover adottare<sup>387</sup>, precisando che il carattere “diretto” non può essere ravvisato solo in relazione alle condotte poste in essere dagli esecutori materiali, potendo rilevare anche quelle di coloro che dirigono, pianificano o comunque assumono la decisione di sferrare l’attacco armato<sup>388</sup>. Il mero supporto generico al gruppo terrorista, l’approvvigionamento di cibo, denaro e medicinali oppure l’aiuto nella predisposizione di un’analisi logistica e strategica sono dunque da ritenersi elementi sintomatici di una partecipazione “indiretta”. Tuttavia, in tali ultime circostanze, le uccisioni derivanti da un attacco mirato dello Stato dovrebbero essere considerate “*incidental or collateral damages*”<sup>389</sup>.

3) la perdita delle immunità da riconoscere ai civili in caso di guerra perdura solo per il tempo in cui il soggetto prende parte alle ostilità. È proprio tale elemento a risultare quello maggiormente difficile da provare.

La Corte ritenne che un civile che prende parte ad un singolo attacco terroristico, ed in modo sporadico alle attività del gruppo criminale, dissociandosi poi da quest’ultimo, non possa essere considerato un obiettivo primario. Tuttavia, per evitare che un civile

---

<sup>386</sup> La Corte dimostra di condividere la posizione del Prof. Cassese, esposta nella sua *Expert Opinion on Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law*, prodotta dai ricorrenti. L’unico punto da cui i giudici si discostano è la proposta interpretazione restrittiva dell’inciso: “prendere direttamente parte” alle ostilità. Il testo completo è reperibile on-line: <http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf>.

<sup>387</sup> Per un commento vedi G. BARTOLINI, *Le eliminazioni mirate di appartenenti a gruppi terroristici al vaglio della Corte Suprema di Israele*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007, pp. 632 ss.; sulla necessità di abbandonare tale misura soprattutto nei confronti dei sospetti terroristi, in relazione ai quali si dovrebbe parlare di esecuzione o pena di morte istantanea vedi C.E. FARIA CORACINI, *Targeted Killing of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?*, pp. 387 ss, in S. MANACORDA-A. NIETO MARTÍN (a cura di), *Criminal Law Between War and Peace – Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009.

<sup>388</sup> Non vi sono dubbi, a parere della Corte, sulla possibilità di agire contro un civile che: porta con sé armi (apertamente o occultandole), si trova sul luogo di una sparatoria o si sta da lì allontanando, raccoglie informazioni di *intelligence* sull’esercito, accompagna i terroristi sul luogo dell’attacco, fornisce armi e servizi, guida un furgone con un carico di munizioni. Esistono, tuttavia, delle “zone grigie” a cui non è possibile applicare un modello astratto e che richiedono valutazioni caso per caso.

<sup>389</sup> Vedi parr. 34-37 della decisione.



che prende parte in modo discontinuo, ma a distanza di brevi lassi temporali alle attività criminose, possa giovare del c.d. fenomeno delle *revolving doors*, ovvero un continuo passaggio da una fase di tutela ad una perdita di protezione<sup>390</sup>, essa ha introdotto uno schema di controllo basato su 4 sub-condizioni: a) devono esistere informazioni di *intelligence* che permettono di identificare il soggetto, nonché la natura e la portata delle sue attività<sup>391</sup>; b) devono essere rispettati i criteri di proporzionalità ed *extrema ratio* quindi, se vi è la possibilità di catturare e sottoporre a processo il terrorista, la misura dell'omicidio mirato non può essere considerata lecita; c) deve essere sempre condotta, *ex post*, una adeguata indagine indipendente per accertare l'identità dell'obiettivo colpito e le circostanze dell'azione (con eventuale risarcimento, in caso di errore, ai parenti della vittima); d) si deve accertare la proporzionalità dei danni collaterali cagionati, rispetto al vantaggio militare ottenuto.

Alla luce di tali argomenti la Corte conclude sostenendo di non poter considerare la pratica in discorso manifestamente illegale, come richiesto dai ricorrenti, ma neppure permessa in ogni circostanza, a discrezione dei *military commanders*. Il giudice Beinisch affermò infatti che, se la misura viene utilizzata secondo i criteri enucleati nella decisione ed osservando le previsioni della legislazione umanitaria di guerra, «*we are not speaking of taking human life in an arbitrary manner, but of an action that is intended to save human life*»<sup>392</sup>.

La grande preoccupazione che traspare dalla lunga motivazione della Corte Suprema è quella di approdare ad un corretto bilanciamento tra la sicurezza nazionale ed i diritti alla vita ed alla integrità fisica, soprattutto in relazione agli obblighi di protezione e tutela che lo Stato di Israele deve osservare a favore della popolazione dei territori occupati.

---

<sup>390</sup> Egli, infatti, potrebbe utilizzare l'immunità riconosciuta ad un civile durante le attività preparatorie come scudo rispetto alle azioni militari, ben sapendo di perderla ed assumendosene il rischio connesso, solo in costanza dell'attacco.

<sup>391</sup> Cfr. E. GROSS, *Thwarting Terrorists Acts by Attacking the Perpetrators or their Commanders as an Act of Self-Defence. Is this Legitimate? – Human Rights Versus the State's Duty to Protect Citizens*, in *15 Temp. Int'l & Comp. L. J.*, 2001, pp. 229 ss. Non uccidere è un imperativo morale non assoluto, perché la legittima difesa permette, a certe condizioni, di reagire cagionando la morte dell'aggressore e questo è un riflesso spontaneo della persona ed un diritto naturale, moralmente giustificato finché non assume le vesti della rappresaglia. Tale diritto deve essere riconosciuto anche allo Stato per garantire la vita dei suoi cittadini, ma non senza limitazioni. Prima tra tutte l'alto grado di certezza circa l'imminenza dell'attacco e l'identificazione dell'autore, segue poi il controllo sulla sua necessità ed idoneità a ridurre il pericolo di attentato ed una indagine postuma all'attacco mirato. In tale articolo si anticipano, in parte, le stesse conclusioni che vennero tratte dalla Corte Suprema nella sentenza del 2006.

<sup>392</sup> Vedi p. 162 della decisione.

Poiché il rischio maggiore, quando si tratta della *targeted killing policy*, è legato ai “falsi positivi”, ovvero alla uccisione o impropria limitazione di diritti nei confronti di coloro che sono ingiustamente sospettati di atti di terrorismo<sup>393</sup>, i giudici hanno affermato di non volersi più accontentare di un approccio basato sul mero *status* del soggetto, che nulla dice in ordine al grado di coinvolgimento nell’attività criminale necessario per giustificare l’applicazione di una misura preventiva<sup>394</sup>, preferendo adottare un nuovo principio guida, finalizzato a ridurre il rischio dei “danni collaterali”. In altre parole, un simile approdo segna un forte cambio di prospettiva, che permette di ricorrere legittimamente ad *extrajudicial measures* abbandonando lo *status-based approach*<sup>395</sup> a favore della c.d. *individual dangerousness doctrine*, basata su specifici parametri giuridici: 1) la misura deve avere finalità preventive e non retributive o di deterrenza; 2) deve esserci un obbligo di accertamento in concreto circa la pericolosità del destinatario della misura preventiva, basato sulla gravità dei fatti e la soglia di imminenza dell’attacco; 3) la misura deve essere altresì essere quella meno invasiva nei diritti del singolo.

Il necessario inquadramento tra le misure preventive è giustificato dalla natura amministrativa dell’intervento, che esclude le garanzie del giusto processo e quindi la necessità di raccogliere prove idonee a sostenere un’accusa certa, il diritto al contraddittorio e quello ad essere giudicati da un tribunale imparziale e condannati quando la colpevolezza è provata oltre ogni ragionevole dubbio.

Il *test* davvero decisivo è il secondo, finalizzato a stabilire se ci si trova o meno di fronte ad un terrorista pericoloso, nei confronti del quale si può agire secondo legittima

---

<sup>393</sup> Tale preoccupazione sembra essere condivisa anche dagli Stati Uniti che, secondo quanto statuito dal Presidente Obama, devono orientare diversamente la politica degli attacchi mirati. In particolare, dovrà essere segnato un passaggio dalla valutazione del mero *status* di affiliato al gruppo ad una di responsabilità o pericolosità personale. Vedi il discorso del Presidente Obama sulla sicurezza nazionale del 23 maggio 2013, testo reperibile on-line: <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>.

<sup>394</sup> Alcuni contatti o contributi marginali possono essere sufficienti per procedere penalmente nei confronti di un sospettato, ma non lo sono per giustificare altri tipi di intervento. Vedi, per un approfondimento, M. HAKIMI, *International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving Beyond the Armed Conflict-Criminal Divide*, in 33 *Yale J. Int’l L.*, 2008, pp. 369 ss.

<sup>395</sup> Secondo tale modello è sufficiente che un soggetto sia inserito nella categoria *unlawful combatants* ovvero *unprotected civilians* al fine di poterlo considerare un obiettivo legittimo. Tale approccio è quello che ha caratterizzato la reazione statunitense agli attacchi dell’11 settembre. La reazione armata, infatti, non ha toccato l’Afghanistan ma anche un vasto numero membri di *Al-Qaeda*, indipendentemente dal loro ruolo nell’organizzazione terroristica e dunque dalla loro soglia individuale di pericolosità.

difesa<sup>396</sup>. Vista la rilevanza degli interessi in gioco la soglia di probabilità, in tali casi, deve essere vicina alla certezza, poiché risulta moralmente più costoso uccidere innocenti facendosi scudo con il principio di precauzione, rispetto al subire un attacco terroristico per un errore di valutazione dovuto ad un “falso negativo”<sup>397</sup>. L'affiliazione in un gruppo terroristico è un indice che deve essere preso in considerazione, così come eventuali precedenti penali del soggetto, ma a nulla possono valere informazioni riguardanti vicende passate, anche perché il diritto internazionale, quando si riferisce ai “civili che prendono parte alle ostilità”, richiama ipotesi in cui tali soggetti si trovano direttamente coinvolti nella pianificazione o esecuzione di un concreto atto terroristico. Tali valutazioni, tuttavia, vengono in genere tralasciate quando si tratta di imporre restrizioni su un gruppo di soggetti considerati pericolosi, perché si ritiene sufficiente che tra tutti i suoi membri almeno uno superi il livello di pericolosità richiesto per poter agire in via preventiva<sup>398</sup>. Secondo questa nuova dottrina, al contrario, l'esecutivo deve prima accertare e dimostrare che il rischio perviene dal gruppo nella sua interezza, poiché solo in questo caso il livello minimo di pericolosità consentito potrà essere considerato superato.

Il *sub-test* richiesto, direttamente connesso a quello principale di pericolosità, riguarda poi l'imminenza della minaccia: infatti, se si ammettesse la possibilità di agire in via preventiva, in relazione alla intensità del pericolo percepito e non alla reale incombenza dello stesso, si permetterebbe agli Stati di implementare politiche pericolose per uno Stato di diritto. In tali condizioni neppure al bene vita potrebbe riconoscersi un ruolo predominante nella gerarchia dei diritti fondamentali<sup>399</sup> ed il rischio è tanto più elevato se si pensa alla tendenza, soprattutto nella lotta al terrorismo, a rispondere in modo

---

<sup>396</sup> Si può volontariamente uccidere una persona solo se questo è un aggressore. Anche in guerra un soldato non può uccidere un individuo se non ritiene ragionevolmente che egli sia un combattente, così come non può uccidere il nemico se esso non rappresenta una minaccia. Vedi, sul punto, A.A. HAQUE, *Killing in the Fog of War*, in 86 *Southern Cal. L. Rev.*, 2012, pp. 63 ss.

<sup>397</sup> Vedi B. MEDINA, *Regulating Anti-Terror Warfare: New Policy*, 2013, pp. 20 ss. Testo reperibile online: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2259158](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259158).

<sup>398</sup> Alcuni esempi sono il *profiling* all'aeroporto, l'imposizione di coprifuoco, il blocco della circolazione, i divieti di ingresso nello Stato o il rigetto di istanza di riunificazione familiare.

<sup>399</sup> Vedi, nel contesto della guerra preventiva, M. WALZEL, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, 2006, in particolare pp.77-79.

emotivo alle minacce, cercando di garantire non solo il diritto alla sicurezza nella sua dimensione fattuale, ma anche in quella semplicemente emozionale<sup>400</sup>.

I possibili approcci alla definizione del concetto di “imminenza” sono due: il primo intende l’imminenza come alto rischio di verificazione dell’evento, il secondo invece lo assorbe nel concetto di necessità, confondendone la fisionomia. Tuttavia, neanche attraverso il c.d. “*immediaty necessity standard*”, adottato dalla teoria in discorso così come dalla giurisprudenza israeliana, con cui si dà rilevanza non alla imminenza della minaccia, bensì l’immediatezza con cui si deve rispondere al pericolo per neutralizzarlo<sup>401</sup>, si risolvono i problemi legati alle eccessive anticipazioni di tutela e ad interventi ipertrofici dell’esecutivo.

L’ultimo requisito che deve essere soddisfatto è quello della proporzionalità della misura adottata che, dovendo essere la meno invasiva per i diritti del destinatario, dovrebbe portare lo Stato a preferire la cattura di un terrorista ad una *drone operation* finalizzata ad ucciderlo, per quanto la seconda sia spesso meno rischiosa della prima. Per scegliere il tipo di misura da adottare nel caso concreto si dovrà dunque valutare, da una parte, se i benefici ottenibili sono superiori ai danni collaterali cagionabili e, dall’altra parte, quale è il suo grado di efficacia rispetto alla soglia di rischio posta dalla minaccia, ovvero se il beneficio marginale raggiungibile risulta sufficientemente alto per giustificare la rinuncia ad una misura più gravosa<sup>402</sup>.

Tale teoria permette di ancorare misure particolarmente invasive per i diritti umani a criteri di pericolosità in concreto e non solo a mere presunzioni, per questo è stata utilizzata come paradigma a cui conformare anche le decisioni successive della Corte,

---

<sup>400</sup> M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’ “*offense*” di Joel Feinberg, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, pp. 1546-1593.

<sup>401</sup> Esempi sono gli attacchi mirati ad uno Stato per evitare che si munisca di armi di distruzione di massa. Guardando alla realtà attuale, si possono richiamare gli attacchi aerei del maggio 2013 di Israele sul territorio siriano, per impedire il trasporto di missili verso il Libano, ove si riteneva operassero cellule degli *Hezbollah*.

<sup>402</sup> Vedi sul punto B. MEDINA, op.cit., p. 29. Si faccia l’ipotesi per cui l’obiettivo individuato ponga un rischio imminente di uccidere un certo numero di persone e che vi sia il 95% di possibilità di attacco. Il governo può decidere di procedere con un omicidio mirato, oppure tentare di catturare il terrorista: nel primo caso il risultato è certo, nel secondo caso vi sono l’80% delle possibilità di riuscire a catturarlo e quindi il 15% di possibilità che l’attacco pianificato vada a buon fine. Nell’ipotesi in cui questa seconda strategia ponga un rischio eccessivo all’incolumità di civili e militari, il beneficio marginale della *drone operation* deve essere valutato rispetto alla totale inattività (95-0). In caso contrario, ove la cattura non mettesse a rischio in modo sostanziale l’incolumità di tali soggetti, l’uccisione non sarebbe legittima, poiché il beneficio marginale della cattura (80%) è sufficientemente alto, rispetto al residuo 20%, per escludere l’utilizzo della misura più severa.

così come dimostrato nel caso relativo alla revisione delle presunzioni di pericolosità contenute nella *Internment of Unlawful Combatants Law*, n. 5762-2002<sup>403</sup>. Con tale legge la *Knesset* aveva formalmente riconosciuto la categoria degli *unlawful combatants*, anche se inesistente nel diritto internazionale, per ridurre lo *standard* di garanzie sostanziali e procedurali da accordare ai soggetti ritenuti tali<sup>404</sup>. La *ratio* della legge è, infatti, quella di rimuovere tali soggetti dal circolo delle ostilità condotte da organizzazioni terroristiche contro lo Stato di Israele<sup>405</sup>.

Secondo la sez. 3, lett. a), l'*IDF Chief of Staff*, può emanare un ordine di carcerazione nei confronti di un *unlawful combatant*, se ci sono basi ragionevoli per ritenere che il suo rilascio possa mettere a rischio la sicurezza nazionale. La sez. 7 aggiunge che può essere destinatario di tale misura il membro di un gruppo organizzato responsabile di azioni violente contro lo Stato o comunque chi prende parte a tali attività, non importa se in modo diretto o indiretto; egli non può essere rimesso in libertà se non al termine del conflitto, a meno che non si riesca a provare, in giudizio, l'assenza di pericolosità.

In tal modo si è introdotto nel sistema giuridico uno strumento normativo eccezionale, ma non emergenziale che, permettendo una detenzione amministrativa potenzialmente infinita, si mostra ben più lesivo del diritto alla libertà personale rispetto alla *Emergency Powers (Detentions) Law* del 1979.

La prima, infatti, non dipende dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, mentre la seconda sì; l'ordine di carcerazione nel primo caso può essere emesso dal *Chief of Staff* dell'esercito, con potere di delega ad un Generale, mentre nel secondo è

<sup>403</sup> Una traduzione, non ufficiale, della *Internment of Unlawful Combatants Law 5762-2002*, è reperibile on-line: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsources/Politics/IncarcerationLaw.pdf>.

<sup>404</sup> Secondo la sez. 2 della legge, "*unlawful combatant means a person who has participated either directly or indirectly in hostile acts against the State of Israel or is a member of a force perpetrating hostile acts against the State of Israel, where the conditions prescribed in Article 4 of the Third Geneva Convention of 12th August 1949 with respect to prisoners-of-war and granting prisoner-of-war status in international humanitarian law, do not apply to him*".

<sup>405</sup> Il disegno di legge venne sottoposto al Comitato per gli affari esteri e la difesa del Parlamento, subito dopo la sentenza della Corte Suprema con cui si statui l'illegittimità della detenzione amministrativa di cittadini libanesi, in applicazione della *Emergency Powers (Detention) Law* del 1979, utilizzati come merce di scambio per ottenere soldati israeliani prigionieri in altro Stato. Nel *decisum Anon v. Minister of Defence* la Corte, dopo aver ribadito la necessità di accertare la pericolosità personale del detenuto per la proroga della misura, ha statuito che solo un'espressa previsione legislativa avrebbe permesso di detenere delle persone per un successivo scambio con cittadini israeliani (par. 107). Per un commento vedi E. GROSS, *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, in *18 Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, 2001, p. 721 ss. Nonostante ciò, già nei lavori preparatori, il Comitato precisò che la nuova legge non era finalizzata ad autorizzare tale pratica, bensì ad evitare che pericolosi membri di organizzazioni terroristiche potessero riprendere le loro attività contro lo Stato di Israele.

necessario l'intervento del Ministro della difesa; nel primo caso le autorità hanno 14 giorni di tempo per portare il detenuto di fronte ad un giudice, mentre nel secondo il termine massimo, pena il rilascio del detenuto, è di 48 ore; nel primo caso la detenzione amministrativa è a tempo indefinito, con revisione semestrale della sussistenza dei presupposti applicativi e del perdurante grado di pericolosità dell'*unlawful combatant*<sup>406</sup>, mentre nel secondo il termine massimo di detenzione è di 6 mesi, con facoltà di proroga ed obbligo di riesame sui presupposti applicativi ogni 3 mesi (sez. 2, lett. a)<sup>407</sup>.

Con l'adozione della legge del 2002 vi è stata dunque una inversione del paradigma della pericolosità soggettiva dovuta, non solo ad una presunzione rafforzata che dipende dal mero inserimento in un gruppo o da condotte di sostegno indiretto, ma altresì ad un gravoso onere della prova in ordine alla non-pericolosità del soggetto, dall'assolvimento del quale dipende la cessazione di una carcerazione potenzialmente infinita<sup>408</sup>. Tale prova è però resa quasi diabolica dalla possibilità, riconosciuta *ex lege*, di emettere ordini di carcerazione e di sottoporli a *judicial review* in assenza dell'interessato e del suo legale (i cui contatti possono essere impediti fino a 7 giorni dall'arresto), oppure sulla base di prove secretate per esigenze di sicurezza nazionale, che impediscono contro-deduzioni ed allegazioni di ulteriori prove a favore<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> La Corte ritiene il termine conforme alla previsione dell'art. 43 della IV Convenzione di Ginevra, che impone per due volte l'anno un controllo sulla legittimità della detenzione, davanti ad una autorità amministrativa. I giudici sottolineano dunque le maggiori garanzie fornite dalla legge nazionale, che prevede l'intervento di un giudice della Corte distrettuale.

<sup>407</sup> Sez. 2, lett. a): "*Where the Minister of Defense has reasonable cause to believe that reasons of state security or public security require that a particular person be detained, he may, by order under his hand, direct that such person be detained for a period, not exceeding six months, stated in the order*". La sez. 4, lett. a), prevede: "*Where a person is arrested by order of the Minister of Defense under this Law, he shall, within 48 hours of his arrest, or, if immediately before he was under detention by order of the Chief of the General Staff, within 48 hours of his arrest under that order, be brought before the President of a District Court, and the President may confirm or set aside the detention order or shorten the period of detention. If the detainee is not brought before the President, or the hearing before him is not begun, within 48 hours as aforesaid, the detainee shall be released unless some other ground for detaining him exists under any law*". Una previsione simile è presente nella sez. 5 della *Internment of Unlawful Combatants Law*, che fissa però un termine massimo di 14 giorni.

<sup>408</sup> Per un'analisi di entrambe le leggi ed alcune statistiche sul loro utilizzo vedi il *report* di Hamoked (Center for the Defence of the Individual) e B'Tselem, *Without Trial: Administrative detention of Palestinians by Israel and the Unlawful Combatants Law*, ottobre 2009, testo reperibile on-line: [http://www.btselem.org/download/200910\\_without\\_trial\\_eng.pdf](http://www.btselem.org/download/200910_without_trial_eng.pdf).

<sup>409</sup> Vedi sez. 5 lett. e): "*It shall be permissible to depart from the laws of evidence in proceedings under this Law, for reasons to be recorded; the court may admit evidence, even in the absence of the prisoner or his legal representative, or not disclose such evidence to the aforesaid if, after having reviewed the evidence or heard the submissions, even in the absence of the prisoner or his legal representative, it is*

Alla luce di tali presupposti la *Internment of Unlawful Combatants Law* è stata criticata da parte della dottrina, che ne ha messo in luce i profili di incostituzionalità, soprattutto perché sproporzionata rispetto al fine, posto che nell'ordinamento era già presente una legge idonea ad apprestare una tutela preventiva alla collettività, e ad inibire ad un soggetto pericoloso, la possibilità di attuare i suoi piani criminosi.

La Corte Suprema, pronunciandosi sul punto nel 2008, con la sentenza *Iyyad v. State of Israel*, raggiunse però posizioni completamente opposte<sup>410</sup>. Essa, infatti, pur introducendo dei criteri ermeneutici, a cui avrebbero dovuto adeguarsi le autorità amministrative, ritenne la legge 5762-2002 in linea con la sez. 8 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e con le previsioni internazionali.

La portata della legge del 2002 non venne giudicata sproporzionata, poiché la sua *ratio* risultò totalmente differente rispetto a quella che anima la legge del 1979. Nell'un caso l'obiettivo dello Stato era quello di tenere lo straniero, che opera nel contesto di un gruppo terroristico, lontano dalla zona delle ostilità, mentre nel secondo caso l'obiettivo era quello di rendere temporalmente inoffensivo un cittadino o residente dello Stato, non necessariamente parte di un gruppo terroristico, che rappresenta una minaccia per la sicurezza collettiva<sup>411</sup>.

In relazione alle censurate presunzioni di pericolosità delle sezz. 3 e 7 della legge del 2002, la Corte precisò che lo Stato, per provare che un certo individuo era un *unlawful combatant*, avrebbe dovuto preliminarmente provare che egli aveva apportato un contributo rilevante, idoneo a provarne anche la pericolosità soggettiva, motivo per cui condotte dall'offensività trascurabile o marginale, o semplici connivenze con il gruppo terroristico, non erano da considerarsi sufficienti ai fini della detenzione. In altre parole

---

*convinced that disclosure of the evidence to the prisoner or his legal representative is likely to harm State security or public security*".

<sup>410</sup> Cfr. CrimA, 6659/06 *A. v. the State of Israel*, decisione dell'11 giugno 2008, testo reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/06/590/066/n04/06066590.n04.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/06/590/066/n04/06066590.n04.pdf).

<sup>411</sup> *Ibid.*, par. 33-36. I giudici puntualizzano che proprio la diversa *ratio* delle due leggi, nonché la diversità dei destinatari della misura, permette la contestuale sopravvivenza di entrambe e giustifica il maggiore grado di ingerenza nella libertà personale legata alle previsioni della *Internment of Unlawful Combatants Law*. Quest'ultima è ritenuta pacificamente applicabile nei confronti degli stranieri e dei residenti della Striscia di Gaza, a maggior ragione dopo il *disengagement* del 2005, mentre solleva qualche perplessità in relazione ai residenti della *Judea* e della *Samaria*. Il giudice Beinisch, pur ricordando che tale questione non è oggetto di giudizio e dunque la decisione non è da ritenersi vincolante, propende per la sua inapplicabilità in tale ultimo caso, potendosi richiamare solo l'*Order Regarding Administrative Detentions (Temporary Order) (Judea and Samaria) No. 1591* del 2007.

il grado di pericolosità del sospetto terrorista poteva essere desunto solo dal tipo di ruolo ricoperto nell'organizzazione e dalla natura del suo contributo<sup>412</sup>.

Dato che la misura in discorso incide vigorosamente sulla libertà personale, lo Stato sarà tenuto a fornire “*clear and convincing evidences*” per provare la minaccia alla sicurezza nazionale, ciò significa che le prove dovranno essere valutate alla luce della loro quantità, qualità ed attualità. La Corte ritenne possibile tenere conto anche delle attività del passato per il vaglio sulla pericolosità soggettiva, ma precisò che una prova relativa ad un fatto passato non poteva essere considerata idonea a supportare un ordine di carcerazione, soprattutto perché la detenzione amministrativa ha natura preventiva e non può essere strumentalizzata a fini retributivi<sup>413</sup>.

Nel quadro della detenzione amministrativa, essa riconobbe un ruolo fondamentale alle prove segrete, poiché l'essenza della misura è quella di allontanare le minacce dalla zona delle ostilità, senza però pregiudicare le attività di *intelligence* dello Stato. Nonostante ciò, i giudici che si sarebbero trovati a dover decidere sulla base di materiale secretato e non accessibile alla difesa, avrebbero dovuto valutare con grande perizia la validità, credibilità ed il valore da dare alle prove prodotte<sup>414</sup>. Da ciò si deduce che maggiore è il periodo di detenzione amministrativa, maggiore sarà anche l'onere della prova in capo allo Stato per giustificare la necessità di mantenere un soggetto *in vinculis*, tanto che si dovrà richiedere la produzione di nuove prove, non potendosi più

---

<sup>412</sup> *Ibid.*, par. 21.

<sup>413</sup> *Ibid.*, par. 22.

<sup>414</sup> Sul punto la Corte Suprema richiama le parole del giudice Or, nella motivazione della sentenza H CJ, 4400/98, *Braham v. Justice Colonel Shefi*: «*Indeed, that fact that certain “material” is valid administrative evidence does not exempt the judge from examining its degree of credibility against a background of the other evidence and all of the circumstances of the case. As such, the “administrative evidence” label does not exempt the judge from the need to demand and receive explanations from the authorities that are capable of providing them. In other words, its significance is to weaken considerably the process of judicial review, and to allow the loss of liberty for prolonged periods on the basis of scanty and insufficient material. Such an outcome is unacceptable in a legal system that regards human liberty as a basic right*». Testo riportato nel par. 43 della sentenza in commento. Il sistema israeliano mostra di aver adottato il *Judicial Management Model*, che riconosce in capo all'organo giudicante il ruolo di giudice inquirente e di difensore, *de facto*, del detenuto. Esso si contrappone allo *Special Advocate Model* (adottato negli Stati Uniti), che prevede la designazione di difensori speciali, approvati dallo Stato, che hanno il compito di rappresentare gli interessi del detenuto in tutti i procedimenti in cui si fa uso di prove segrete. Vedi, più approfonditamente, D. BARAK-EREZ-M. WAXMAN, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detention*, in *48 Colum. J. Transnat'l L.*, 2009, pp. 18 ss. Per un approfondimento sul sistema americano vedi M.L. CORRADO, *Punishment, Responsibility and Preventive Detention in American Jurisprudence*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, n. 104, 2012, pp. 99 ss.



perpetuare la detenzione, sulla base del quadro probatorio precedentemente sottoposto al vaglio della Corte<sup>415</sup>.

Alla luce di quanto rilevato i giudici ritennero le previsioni del combinato disposto tra le sez. 3 e 7 della *Internment of Unlawful Combatants Law* in linea non solo con le previsioni costituzionali, ma anche con il paradigma della *Individual Dangerousness Doctrine*. Solo dopo che lo Stato avrà assolto il proprio onere probatorio in ordine alla possibilità di inquadrare il soggetto nel novero degli *unlawful combatants* provando in tal modo, anche se in via indiretta, la sua pericolosità, esso potrà procedere con il richiamo alla presunzione relativa di persistenza della minaccia alla sicurezza nazionale, la quale però perderà di intensità con il passare del tempo ed il succedersi delle udienze di riesame<sup>416</sup>.

Nonostante l'approccio garantistico adottato dai giudici in tale sentenza, l'analisi statistica delle decisioni assunte dal 2000 al 2010, in materia di detenzione amministrativa, mostra una tendenza di segno opposto, che propende per il considerare sempre valide e credibili le informazioni di *intelligence* secretate dallo Stato e quelle relative alla pericolosità del detenuto. Inoltre, sebbene i giudici professino le proprie elevate competenze in materia di accertamento del valore delle prove segrete, non è stato ravvisato nessun caso di censura dell'operato dell'esecutivo con l'effetto di ribadire in via indiretta la presunzione rafforzata sulla correttezza delle valutazioni di quest'ultimo, in materia di sicurezza nazionale<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Vedi anche *Kadri v. IDF Commander in Judea and Samaria*, par. 6. Testo riportato al par. 46 della decisione in commento. In senso conforme HCJ, 5784/03, *Louie Salama v. IDF Commander of Judea and Samaria*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/Files\\_ENG/03/840/057/A05/03057840.A05.pdf](http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/03/840/057/A05/03057840.A05.pdf).

<sup>416</sup> Tale argomentazione emerge anche dai parr. 11-12 della sentenza con cui la Corte Suprema decideva in grado di appello, in composizione monocratica, sul ricorso avverso un ordine di carcerazione emesso sulla scorta della *Internment of Unlawful Combatant Law*. Il giudice, chiamato a valutarne la legittimità, escludeva la possibilità di avvallare le deduzioni dello Stato, basate sul richiamo alla presunzione di pericolosità della sez. 7 e sulle allegazioni riguardanti la famiglia del sospetto terrorista (considerata come "*family cell that endangers the state security*"). In assenza di prove convincenti circa la possibilità di riscontrare i criteri della sez. 2 della *Internment of Unlawful Combatant Law*, il giudice ne escludeva dunque la applicabilità al caso di specie. Egli precisava, inoltre, che quest'ultima non si sarebbe potuta comunque applicare neppure alla luce del criterio di proporzionalità che, al contrario, avrebbe suggerito il richiamo alla meno gravosa misura di cui alla *Emergency Power (Detention) Law* del 1979 (par. 14). Vedi on-line: <http://www.icrc.org/eng/>.

<sup>417</sup> Vedi, più approfonditamente, S. KREBS, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, in *45 Vand. J. Trans'l L.*, 2012, pp. 672 ss. L'Autore denuncia la prassi consolidata dei giudici di riconoscere fondatezza alle allegazioni dello Stato, addirittura creando un linguaggio segreto da utilizzare con i suoi rappresentanti. Le motivazioni inoltre sono spesso laconiche e basate su mere formule di stile, anche perché mai la Corte in dieci anni ha riconosciuto l'infondatezza delle decisioni dell'esecutivo. Alla luce di questo quadro, l'Autore propone di superare l'inefficienza del *Judicial Management Model*, inidoneo a tutelare i diritti fondamentali della parte debole, passando al

*Segue: prove segrete e tortura*

Un ulteriore problema connesso all'utilizzo delle prove segrete è quello relativo alle loro modalità di raccolta, non sempre debitamente considerato dalle Corti, ossia quello legato all'utilizzo di trattamenti inumani e degradanti o addirittura di tortura per ottenere una confessione da utilizzare in un successivo processo. Tale problematica è altresì strettamente connessa al tempo in cui il detenuto viene mantenuto *in vinculis*, senza avere possibilità di essere tradotto davanti ad un giudice o di prendere contatti con un avvocato.

Lo Stato di Israele, nel 1991, ha sottoscritto i Patti internazionali per i diritti civili e politici, avvalendosi però della clausola dell'art. 4 per sospendere le previsioni dell'art. 9 che pone il divieto di arresti arbitrari<sup>418</sup> ed allo stesso modo, pur avendo aderito alla Convenzione contro la Tortura del 1984, esso si è sempre dichiarato non vincolato alle raccomandazioni del relativo Comitato, a maggior ragione per il perenne stato di emergenza che lo connota.

Il dibattito relativo alle modalità di interrogatorio utilizzate dal *General Security Service* (GSS) iniziò alla fine degli anni '80, a seguito di due scandali che investirono i servizi segreti israeliani<sup>419</sup> e che portarono alla nomina di una commissione di inchiesta presieduta da Moshe Landau, *Chief Justice* della Corte Suprema<sup>420</sup>. Essa accertò che tra il 1971 ed il 1986 un massiccio numero di palestinesi venne sottoposto a tortura per ottenere confessioni da utilizzare davanti alle Corti militari, che gli abusi fisici perpetrati seguivano le procedure cristallizzate nelle *guidelines* segrete ed interne al GSS e che coloro che avevano il compito di effettuare gli interrogatori, per garantire l'ammissibilità della confessione estorta, mentivano sistematicamente davanti ai giudici in relazione agli atti di tortura effettuati contro il prigioniero.

---

*Special Advocate Model*, unico in grado di portare sulla scena un soggetto maggiormente indipendente dalle posizioni dello Stato e dunque più garantista per quelle del detenuto.

<sup>418</sup> Vedi, per la lista degli Stati sottoscrittori, con relative riserve, CCPR/C/2/Rev.4, reperibile on-line: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/876f09862d3b0437c12563e70037d248?Opendocument>.

<sup>419</sup> Il primo è conosciuto come "*Bus 300 Affair*" e riguarda la misteriosa morte di due palestinesi che, nel 1984, vennero catturati da alcuni ufficiali del GSS dopo aver dirottato un autobus. Per coprire tali fatti vennero infatti fabbricate delle prove *ad hoc* al fine di scagionare gli ufficiali. Vedi *infra*, cap. III, par. 1. Il secondo riguarda la falsa testimonianza di membri del GSS che, negarono in giudizio di aver torturato un prigioniero per obbligarlo a rendere una confessione, vedi C.A., 124/87, *Lieutenant Izat Nafsu v. Chief Military Advocate*, on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/87/240/001/Z01/87001240.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/87/240/001/Z01/87001240.z01.pdf).

<sup>420</sup> Vedi *Report of the Commission of Inquiry in the Matters of Investigations Methods of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, in 23 *Isr. L. Rev.*, 1989. Per una analisi critica vedi inoltre M. KREMNITZER, *The Landau Commission Report: was the Security Service subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, nella stessa rivista, pp. 216 ss.

Ritenendo tali abusi accertati, nella sua relazione finale, la Commissione esaminò tre possibili alternative: 1) riconoscere uno stato di eccezione assoluto, permettendo ai servizi segreti di condurre la lotta al terrorismo al di fuori della legge; 2) adottare una soluzione ipocrita al problema, ribadendo espressamente il divieto assoluto di tortura e continuando a celare ciò che realmente accade nella prassi; 3) trovare una soluzione che tenga conto di tutti gli interessi in gioco e delle esigenze connesse alla difesa della collettività.

Essa aderì alla terza soluzione, statuendo che il GSS avrebbe sempre dovuto preferire una conduzione non violenta degli interrogatori, ma concedendo la facoltà di procedere con una “*moderate physical pressure*” in casi estremi, ovvero in tutti i casi in cui sarebbe stato possibile richiamare a loro favore la scriminante dello stato di necessità<sup>421</sup>. Tale conclusione venne ratificata da parte del Parlamento, nonostante le critiche degli organismi internazionali a tutela dei diritti umani, e venne implementata nella prassi contro tutti coloro che furono catturati durante la prima *Intifada*.

La Corte Suprema pose fine alle proprie resistenze nell'affrontare tale tematica<sup>422</sup> dopo la pubblicazione di numerosi *reports* di associazioni umanitarie israeliane, che denunciavano l'utilizzo di torture per ottenere confessioni, tra le quali si annoveravano la sodomia, l'*elettro-shock*, percosse e violenze di ogni genere, il soffocamento, il *water-boarding*, lo *shaking*, le bruciature, la minaccia di rapire e torturare famigliari, la privazione del sonno e così via<sup>423</sup>. Con la famosa sentenza del 1999<sup>424</sup> essa non solo si

---

<sup>421</sup> Cfr. *Report of the Commission of Inquiry*, p. 184: «*The means of pressure should principally take the form of nonviolent psychological pressure through a vigorous and extensive interrogation, with the use of stratagems, including acts of deception. However, when these do not attain their purpose, the exertion of a moderate measure of physical pressure cannot be avoided*». L'analisi del tipo di pressione da poter esercitare durante gli interrogatori è stata affrontata nella sezione II del *report*, ma è rimasta confidenziale per motivi di sicurezza. Il rischio di rendere pubbliche tali strategie sarebbe stato quello di permettere ai gruppi terroristici di addestrare i propri membri a resistere agli interrogatori, potendo esattamente stimare il limite massimo di costrizione che il soggetto che li conduce è autorizzato a raggiungere. Vedi, più approfonditamente, T. GAULAN, *Israel's Interrogation Policies and Practices*, on-line: <http://www.mfa.gov.il>; in relazione al richiamo allo stato di necessità vedi S.Z. FELLER, *Not Actual "Necessity" but Possibly "Justification"; Not "Moderate" Pressure, but either "Unlimited" or Not at All*, in *23 Israel L. Rev.*, 1989, pp. 201 ss.

<sup>422</sup> In relazione all'indiretto avvallo fornito dalla Corte Suprema alla prassi di utilizzare violenza durante gli interrogatori vedi Y. GINBAR-J.MONTELL, *Legitimizing Torture: the Israeli High Court of Justice Rulings in the Bilbeisi, Hamdan and Mubarak Cases*, Annotated Sourcebook, B'Tselem. 1997, reperibile on-line: [http://www.btselem.org/sites/default/files/legitimizing\\_torture\\_january\\_1997.pdf](http://www.btselem.org/sites/default/files/legitimizing_torture_january_1997.pdf). Vedi inoltre D. KRETZMER, *The Occupation of Justice*, op.cit., pp. 135 ss.

<sup>423</sup> Vedi, *inter alia*, M. PHILLIPS, *Torture for Security: the Systematic Torture and Ill-Treatment of Palestinians by Israel*, Al Haq, 1995, reperibile on-line: <http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/torture-for-security-the-systematic-torture-and-ill-treatment-of-palestinians-in-israel>;

assunse la responsabilità di giudicare alcuni metodi interrogatorio utilizzati dal GSS, vaglio mai effettuato prima di quel momento da nessun pubblico potere, ma tracciò anche dei criteri a cui l'esecutivo avrebbe dovuto uniformarsi<sup>425</sup>.

In un collegio di nove giudici, la Corte analizzò i ricorsi di sette detenuti che, da un lato, denunciavano la mancanza di una previsione legislativa che concedesse ai membri del GSS la facoltà di condurre interrogatori e, dall'altro lato, allegavano di essere stati sottoposti ai metodi di interrogatorio autorizzati dalla Commissione Landau, definiti illegali, poiché assurgevano a vere e proprie torture<sup>426</sup>.

Lo Stato, al contrario, dedusse che la competenza ad investigare reati che mettono a rischio la sicurezza nazionale derivava dalla sez. 40 della *Basic Law: the Government* e dall'art. 2, par. 1 del codice di procedura penale, e che i metodi di interrogatorio impiegati dai servizi segreti non potevano essere considerati né tortura, né trattamenti inumani e degradanti, poiché non idonei a causare dolore o sofferenza psichica<sup>427</sup>. Da

*The Interrogation of Palestinian during the Intifada: Ill-Treatment, Moderate Physical Pressure or Torture?*, B'Tselem, 1991, reperibile on-line:

[http://www.btselem.org/publications/summaries/199103\\_torture](http://www.btselem.org/publications/summaries/199103_torture); J.D. DILLMAN-M.A. BAKRI, *Israel's Use of Electric Shock Torture in the Interrogation of Palestinian Detainees*, Jerusalem, 1991.

<sup>424</sup> Cfr H CJ, 5100/94, *Public Committee Against Torture v. the State of Israel*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf).

<sup>425</sup> La Commissione Landau scrisse infatti, nel par. 4.4: «*They declare that they abide by the rule of law, but turn a blind eye to what goes on beneath the surface*». Il tentativo di non decidere in merito alla legittimità di interrogatori violenti da parte della Corte Suprema era giustificato dalla volontà di non assumersi la responsabilità del prezzo da dover pagare in diritti umani, nel caso di autorizzazione ed in sicurezza nazionale, nel caso di divieto assoluto. Doveva inoltre tenere conto del possibile impatto della decisione sulla sua immagine di “guardiano dei diritti umani e custode della *Rule of Law*”, che rappresentano l'essenza stessa della Corte. Vedi, più approfonditamente, Y. DOTAN, *Legalising the Unlegalisable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001*, pp. 204 ss., in M. HERTOIGH-S. HALLIDAY (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspective*, Cambridge University Press, 2004; vedi inoltre A.M. DERSHOWITZ, *Is it Necessary to Apply “Physical pressure to Terrorists and to Lie about it?”*, in *23 Isr. L. Rev.*, 1989, pp. 192 ss.

<sup>426</sup> I metodi utilizzati vennero tutti analizzati dalla Corte e da essa proibiti. Tra questi si annoverano: a) lo *Shaking*, che consiste nello scuotere violentemente la parte superiore del tronco e che può causare danni cerebrali, alla spina dorsale, stati di incoscienza e vomito; b) *Shabach Position*, che consiste nel far sedere il detenuto per lunghi periodi su una sedia molto piccola, con le braccia legate tra la schiena e lo schienale della sedia, con un sacco che lo copre fino alle spalle, in una stanza ove viene diffusa musica ad alto volume; c) *the Frog Couch*, piegamenti sulla punta delle dita ripetuti ogni cinque minuti; d) privazione del sonno; e) utilizzo di manette particolarmente strette. Vedi H CJ 5100/94, parr. 8-13.

<sup>427</sup> Lo Stato non negò l'utilizzo di tali tattiche e avanzò degli argomenti per giustificarle. In risposta alle denunce dei ricorrenti, sostenne che lo *shaking* era indispensabile per combattere e vincere la guerra al terrorismo e che proibirlo avrebbe indebolito l'efficacia dell'azione dei servizi segreti. Si precisò comunque che tale pratica poteva essere autorizzata solo da militari di un certo grado, secondo delle precise linee guida, dopo un controllo sullo stato di salute del detenuto ed in modo proporzionato rispetto al pericolo da prevenire. L'esecutivo avanzò poi che l'incappucciamento e la musica servivano ad evitare contatti tra detenuti, che le manette utilizzare erano regolamentari e che la privazione del sonno era

ultimo lo Stato evidenziò che l'utilizzo di moderata violenza fisica era comunque lecito secondo la legge nazionale, vista la *necessity defence* della sez. 34, par. 11, del codice penale<sup>428</sup>.

I giudici statuirono che i membri del GSS dovevano essere normativamente riconosciuti come pubblici ufficiali e quindi autorizzati a svolgere ogni genere di attività investigativa, nei limiti di quanto previsto dall'art. 2, par 1, del codice di procedura penale<sup>429</sup>. Inoltre, visto che durante un interrogatorio vengono posti seriamente a rischio diritti fondamentali come la libertà fisica e psichica, la *privacy* ma soprattutto la dignità personale, essi affermarono con vigore che la facoltà di utilizzare metodi violenti poteva essere concessa solo attraverso una legge ordinaria, compatibile con la sez. 8 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*. Per tale motivo, le direttive interne al GSS fatte valere dallo Stato come linee-guida, poiché di natura amministrativa, non potevano valere come clausola di autorizzazione espressa, e dunque i metodi utilizzati nei sette casi oggetto di ricorso dovevano essere considerati illeciti ed in futuro proibiti, poiché incidenti in modo irragionevole e sproporzionato sulla dignità dell'individuo.

Il divieto di tortura era da ritenersi assoluto anche alla luce dei trattati internazionali sottoscritti dallo Stato di Israele, senza eccezioni e senza alcuno spazio per il bilanciamento con altri interessi configgenti, neppure quello della sicurezza nazionale dato che l'efficacia di un interrogatorio dipende non solo dal fine perseguito, ma anche dalla correttezza dei metodi impiegati<sup>430</sup>.

La “*moderate physical pressure*”, a parere del governo, doveva però essere considerata legittimamente utilizzabile in casi estremi, ovvero nelle c.d. “*ticking time bomb*”

---

dovuta alle tempistiche degli interrogatori ed era per questo da considerarsi un semplice sistema finalizzato a far cadere le resistenze del soggetto.

<sup>428</sup> *Ibid.*, par. 15

<sup>429</sup> *Ibid.*, parr. 18-20. La Corte esclude la possibilità di richiamare la sez. 40 della *Basic Law: the Government*, oggi sez. 32, che stabilisce che il governo è autorizzato ad eseguire, in nome dello Stato ed in osservanza della legge, ogni azione che non sia stata riservata dalla legge alla competenza di altra autorità pubblica, poiché è una clausola residuale destinata ad operare in un *legal vacuum*. Nel caso di specie, l'autorizzazione nominalmente fornita dal Ministro della giustizia ad alcuni membri del GSS per condurre interrogatori segreti, può farsi valere nel quadro della sez. 2, par 1, della *Criminal Procedure Statue (Testimony)*: “*A police officer, of or above the rank of inspector, or any other officer or class of officers generally or specially authorized in writing by the Chief Secretary to the Government, to hold inquiries into the commission of offence, may examine orally any person supposed to be acquainted with the facts and circumstance of any offence in respect whereof such officer or police or other authorized officer as aforesaid is enquiring, and may reduce into writing any statement by a person so examined*”.

<sup>430</sup> *Ibid.*, par. 23.

*situations*<sup>431</sup>, in forza del richiamo allo stato di necessità da interpretare come una autorizzazione *ex ante*, idonea a riconoscere spazio anche alla tortura, se ritenuta necessaria in relazione all'intensità del pericolo da neutralizzare. I giudici, prendendo atto di tale posizione, che si mostrava in linea con quella della Commissione Landau, e pur ritenendo corretto il richiamo alla sez. 34, par. 11, quale scriminante comune applicabile anche agli agenti dello Stato, riconobbero comunque la lettura offerta dai resistenti scorretta<sup>432</sup>.

La *necessity defence* non poteva interpretarsi come fonte di diritto, poiché pensata per essere applicata *post-factum*, al fine di evitare che un soggetto, che agisce in situazioni eccezionali per resistere a minacce non prevedibili, risulti passibile di incriminazione. Se dunque un ufficiale del GSS avesse agito al di fuori dei limiti stabiliti nella legge sarebbe stato passibile di incriminazione, ex art. 277 della *Penal Law 1977*<sup>433</sup>, a meno che non fosse riuscito a provare che, nel caso concreto, sussistevano tutti gli elementi costitutivi dello stato di necessità. La Corte, sul punto, fece tuttavia una concessione che rese fallace l'intero impianto della motivazione, ovvero riconobbe in capo al solo *Attorney General* la facoltà di delineare delle linee guida finalizzate ad illustrare in quali casi fosse sempre possibile ravvisare la presenza degli elementi tipici dello stato di necessità<sup>434</sup>.

La sentenza si concluse con la *concurring opinion* del giudice Kedmi che, pur aderendo all'impostazione degli altri otto giudici, propose che tale decisione rimanesse sospesa per un anno, periodo in cui il GSS avrebbe potuto continuare ad utilizzare metodi

---

<sup>431</sup> Lo Stato, nel par. 33 della decisione in commento, illustra con queste parole la teoria della *ticking bomb*: «*A given suspect is arrested by the GSS. He holds information regarding 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, the bomb may be neutralized. If the bomb is not neutralized, scores will be killed and injured. Is a GSS investigator authorized to employ physical means in order to obtain this information? The state answers in the affirmative. The use of physical means should not constitute a criminal offence, and their use should be sanctioned, according to the state, by the "necessity" defense.*».

<sup>432</sup> Sez. 34, par. 11: «*A person will not bear criminal liability for committing any act immediately necessary for the purpose of saving the life, liberty, body or property, of either himself or his fellow person, from substantial danger of serious harm, in response to particular circumstances during a specific time, and absent alternative means for avoiding the harm.*».

<sup>433</sup> L'art. 277 prevede la reclusione fino a tre anni per il pubblico ufficiale che utilizza violenza contro una persona con il proposito di estorcere a lui, o ad una persona a lui vicina, la confessione di un reato ovvero informazioni relative alla commissione di un reato; la stessa pena si applica al pubblico ufficiale che, allo stesso fine, minaccia un male ingiusto, ovvero il danneggiamento della proprietà del soggetto o di altra persona a lui vicina

<sup>434</sup> *Ibid.*, par. 38. La posizione assunta dallo Stato sarebbe stata corretta solo in relazione alla *justification defence*, regolata nella sez. 34, par. 13, del codice penale, secondo cui l'agente non è responsabile del reato, se obbligato o autorizzato *ex lege* a commetterlo.

straordinari di interrogatorio in caso di “*ticking bombs*” e la *Knesset* avrebbe dovuto assumersi l'onere di approvare una legge di regolamentazione delle tecniche di interrogatorio consentite, alla luce dell'obbligo di garantire la sicurezza della collettività e l'integrità dello Stato<sup>435</sup>.

Il *decisum* venne accolto dall'opinione pubblica come un nuovo attentato alla sicurezza nazionale, mentre la dottrina la salutò con favore, considerandola come trionfo dei diritti umani sugli abusi dell'esecutivo<sup>436</sup>. Ma, ad una analisi più approfondita, le motivazioni della Corte Suprema appaiono per molti versi criticabili.

Da un lato, si è persa l'occasione di sottoporre a scrutinio tutte le pratiche di interrogatorio generalmente utilizzate, dato che i giudici decisero di non emettere un ordine di esibizione, seppure a porte chiuse, delle linee guida dei servizi segreti e, dall'altro lato, la sentenza ha preso in considerazione solo l'operato di questi ultimi e non quello degli agenti di polizia, concentrandosi sugli interrogatori ma non sul lasso temporale tra l'arresto e questi ultimi<sup>437</sup>.

Inoltre, la posizione assunta dai giudici supremi ha forti connotati politici e lascia trasparire la forte pressione esercitata dall'*establishment* militare e dall'esecutivo<sup>438</sup>. La Corte, di fatto, non ha affermato un divieto assoluto di tortura ma, al contrario, ha preferito “giocare con le etichette” riconoscendo spazi di legittimità all'utilizzo della “*moderate physical pressure*”, senza mai definire in che modo tale formula, potenzialmente omnicomprensiva, dovesse essere interpretata. Essa, infatti, ha adottato una posizione di legittimazione *ex post*, che si appunta sulla possibilità di fare uso dello stato di necessità in casi estremi, pur lasciando aperta la possibilità di introdurre una

---

<sup>435</sup> *Ibidem.*, «it is difficult for me to accept that, due to the absence of explicit legislation, the state should be helpless in those rare emergencies defined as “ticking bombs,” and that the state would not be authorized to order the use of exceptional interrogation methods in such circumstances. As far as I am concerned, authority does exist under such circumstances, a result of the basic obligation of the state—like all countries of the world—to defend its existence, its well-being, and to safeguard the lives of its citizens. It is clear that, in those circumstances, the state—as well as its agents—will have the natural right of “self-defense,” in the broad meaning of the term, against terrorist organizations that seek to take its life and the lives of its citizens».

<sup>436</sup> Vedi M.L. CLARK, *Israel's High Court of Justice Ruling on the General Security Service Use of “Moderate Physical Pressure”: an End to the Sanctioned Use of Torture?*, in *11 Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2001, pp. 168 ss.

<sup>437</sup> Vedi, più ampiamente, A. IMSEIS, “Moderate” Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods, in *19 Berkeley J. Int'l L.*, 2001, pp. 339 ss.

<sup>438</sup> La risposta fornita dalla Corte Suprema lasciò insoddisfatto anche il Comitato contro la tortura che, *inter alia*, criticò l'esiguo numero di procedimenti contro responsabili di torture, nonostante le numerose denunce in tal senso. Vedi Israel, UN Doc. CAT/C/XXVII/Concl.5, on-line <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/60df85db0169438ac1256b110052aac5>.

autorizzazione *ex ante*, di natura legislativa, sul modello dei *torture warrants*<sup>439</sup>. Inoltre, sebbene in sentenza sia stata più volte ribadita la necessità di intervenire attraverso legge ordinaria in materia di pratiche di interrogatorio, richiamando così l'opportunità di aprire un dibattito pubblico nel luogo di maggiore rappresentanza democratica, quale è il Parlamento, nella parte finale della motivazione sembra percepirsi una contraddizione in termini.

Considerando possibile la formulazione *ex ante* di linee guide sullo stato di necessità da parte dell'*Attorney General*, si mina il già incerto impianto della sentenza, poiché indirettamente si ammette la possibilità di esercizio di moderata pressione fisica sulla base di indicazioni, di fonte addirittura sub-regolamentare, che hanno il fine di mettere al sicuro il GSS da incriminazioni, fungendo da presunzione relativa in giudizio. Quest'ultima, accompagnata alla presunzione rafforzata di buona fede nelle scelte dell'esecutivo in materia di sicurezza, rende quantomeno difficile da una parte, porre fine alle pratiche censurate dalla Corte e, dall'altra parte, aprire dei procedimenti nei confronti di coloro che abusano della loro autorità, potendo superare il problema della fallacia relativa alla scorretta interpretazione delle premesse fattuali che permettono di inquadrare la situazione in quelle tipiche della *ticking bomb theory*<sup>440</sup>.

Anche quest'ultimo termine, peraltro, è stato lasciato alla piena discrezionalità del soggetto agente, aprendo così ulteriori importanti problemi interpretativi, tra cui si annoverano il grado di imminenza del pericolo idoneo a giustificare la tortura (la durata del *ticking*), il grado di coinvolgimento del soggetto nel piano criminoso, l'intensità della minaccia ed il numero delle vittime potenziali. Tali elementi, pur fondando il vaglio di proporzionalità necessario per decidere se torturare o meno un detenuto, si basano solo su mere congetture o semplici ipotesi e possono venire inquinati dall'effetto della c.d. "*trap of fixed ideas*", situazione in cui chi interroga un sospettato è così convinto del fatto che quest'ultimo abbia informazioni rilevanti, da perdere la capacità di valutare in modo oggettivo indicatori contrastanti. In altre parole, nessuno potrà

---

<sup>439</sup> Per un approfondimento e gli opportuni riferimenti bibliografici vedi T. ORŠOLIĆ, *The Prohibition of Torture and the Ticking Time-Bomb Scenario*, 2010, reperibile on-line: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1573601](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1573601); A.M. DERSHOWITZ, *Should the Ticking Bomb Terrorist be Tortured?: a Case Study in How Democracy Should Make Tragic Choices*, pp. 189 ss.; J.T. PERRY-W.S. WHITE, *Interrogating Suspect Terrorist. Should Torture Be an Option?*, pp. 229 ss., entrambi in M.K.B. DARMER-M.R. BAIRD-S.E. ROSENBAUM (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post 9/11 World*, Prometheus Books, 2004.

<sup>440</sup> Per un approfondimento vedi V. BUFACCHI-J.M. ARRIGO, *Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument*, in 23 *J. of Appl. Phil.*, 2006, pp. 203 ss.



convincere chi interroga della inutilità della tortura se egli ritiene che il sospettato non abbia fornito tutte le informazioni in suo possesso<sup>441</sup>.

È stata avanzata la teoria per cui la Corte Suprema sentisse la necessità di chiamare in causa la *Knesset* per regolare questo genere di situazioni, nella convinzione che una legge di autorizzazione all'utilizzo di tortura, o quantomeno di trattamenti inumani e degradanti, non sarebbe mai stata giudicata conforme al carattere democratico dello Stato, così come ribadito nella sez. 8 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, e dunque considerata incostituzionale.

Tuttavia, tale teoria non ha mai avuto la possibilità di trovare un riscontro pratico. Il disegno di legge presentato, infatti, non venne approvato in forza della immoralità ed intollerabilità, per un Paese democratico come Israele, di inserire in una legge nazionale un'autorizzazione all'utilizzo di “*moderate physical pressure*”. Un'altra ragione che fece desistere il Parlamento era legata alla perdita di efficacia degli interrogatori, poiché nel momento in cui le tecniche utilizzabili e le condizioni in cui sarebbe possibile ricorrere a metodi violenti fossero stati cristallizzati in una legge, qualsiasi terrorista avrebbe avuto la possibilità di prevedere il grado di pressione a cui potrebbe essere legittimamente esposto. Eliminando le variabili della paura e della incertezza, si sarebbe eliminata anche la possibilità di resa del detenuto.

Una legge di simile portata avrebbe inoltre dovuto chiarire il modello di coordinamento tra diritto sostanziale (sez. 34, par. 11 del codice penale) e quello processuale. La sezione 12, lett. a, della *Evidence Ordinance 1971*<sup>442</sup>, in materia di confessione, precisa che quest'ultima può essere considerata ammissibile in giudizio solo se il *Public Prosecutor* allega delle prove destinate a dimostrare il modo in cui è stata ottenuta, e la Corte ritiene che essa sia libera e volontaria<sup>443</sup>. Non è per nulla chiara, a questo punto,

---

<sup>441</sup> Vedi sul punto E. GROSS, *The Struggle of Democracy against Terrorism*, op.cit., pp. 66 ss. ed in particolare p. 91. L'Autore si mostra a favore del riconoscimento del diritto dello Stato all'utilizzo di metodi straordinari di interrogatorio, sottoposti a stringenti previsioni normative che permettano di effettuare un corretto bilanciamento di interessi. In particolare, la legge dovrebbe riconoscere eccezioni ai metodi di interrogatorio non violento, chiarendone i presupposti, il limite massimo di violenza fisica e psicologica ammesso (senza specificare le tecniche generalmente impiegate), nonché la natura del meccanismo di controllo che deve monitorare l'esercizio di tali poteri. Tale meccanismo dovrebbe essere autonomo ed indipendente e modellato sulla richiesta di un *judicial warrant*, che autorizzi metodi violenti di interrogatorio. Solo in casi eccezionali ed urgenti sarebbe possibile agire senza mandato preventivo, pur garantendo il vaglio successivo di un giudice.

<sup>442</sup> On-line: <http://nolegalfrontiers.org/israeli-domestic-legislation/evidence/evidence01?lang=en>.

<sup>443</sup> Preme sottolineare che l'efficacia della previsione è resa vana, ancora una volta, dalla prassi. Se durante gli interrogatori, condotti con violenza, si riesce ad estorcere una confessione, essa viene trascritta e fatta sottoscrivere da chi la ha resa qualche ora dopo il termine dell'interrogatorio. In tal modo nessuno

l'utilità percepibile dal fatto di ammettere l'utilizzo di pressione fisica e psicologica sul sospettato, se poi la confessione viene considerata inammissibile, seppure a discrezione della Corte<sup>444</sup>. Se la tortura, a certe condizioni, viene considerata lecita, perché il prodotto della stessa dovrebbe essere inutilizzabile?

Il Parlamento, prendendo atto della natura e quantità di problematiche da dover affrontare, ha preferito intervenire in termini più generali rinunciando a ridurre i poteri dell'esecutivo e confermando la sua tendenza a considerare la sicurezza nazionale come interesse giuridico prevalente<sup>445</sup>. L'Assemblea decise dunque di approvare la *General Security Service Law 5762-2002*<sup>446</sup> con cui da un lato, si sono regolamentati per la prima volta i poteri dei servizi segreti e, dall'altro lato, si è introdotta una semi-immunità per coloro che si occupano di interrogare sospettati di terrorismo. La sez. 18 prevede, infatti, che un membro del GSS non possa essere imputato in un procedimento civile o penale per un'azione o omissione, posta in essere in buona fede e secondo ragionevolezza, nell'esercizio delle sue funzioni.

Altro intervento mirato, reso necessario non solo quale reazione alla sentenza della Corte Suprema, ma anche quale contromisura per evitare la presenza dei legali durante gli interrogatori, è stato l'emendamento alla *Criminal Procedure Law (Interrogation of Suspects)* con cui si è introdotto un obbligo di procedere a video-registrazione di questi ultimi che, tuttavia, non viene ancora assolto, vista la decisione della *Knesset* di ritardarne l'entrata in vigore fino al 2015<sup>447</sup>.

La sentenza in commento non ha dunque ridotto gli abusi dei servizi segreti sui detenuti, ma, al contrario, ha creato un meccanismo legale di immunità di cui essi si possono avvalere, mettendoli al riparo dal procedimento penale. Secondo le stime del *Public Committee Against Torture in Israel*, dal momento in cui è stato reso pubblico il

potrebbe contestarne l'ammissibilità, visto che il sospettato vi ha apposto la firma, convalidandone il contenuto, libero da costrizione. Ciò, tuttavia, non tiene conto del perdurare dell'effetto coercitivo derivante dalle conseguenze psicologiche che la tortura provoca su chi la subisce.

<sup>444</sup> Vedi Cr/App, 168/82, *Ha'el Mu'adi v. the State of Israel*. La giurisprudenza è intervenuta con una interpretazione estensiva delle caratteristiche di tale prova: essa può essere considerata libera e necessaria anche se ottenuta nei modi sopra descritti, l'importante è che i giudici valutino il grado di incidenza dei metodi utilizzati sulla genuinità della dichiarazione dell'imputato. Per un approfondimento vedi E. GROSS, *Legal Aspects of Tackling Terrorism: the Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights*, in 6 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.*, 2001, pp. 114 ss.

<sup>445</sup> Vedi *supra*, par. 4.

<sup>446</sup> Vedi per una breve analisi S. NAVOT, *The Supreme Court of Israel and the War Against Terror*, in 9 *Eur. Publ. L.*, 2003, pp. 330 ss. Il testo della legge, nella traduzione non ufficiale, è reperibile on-line: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/GeneralSecurityServicesLaw.pdf>.

<sup>447</sup> Vedi *supra*, note 274-275.

*decisum* della Corte Suprema al 2006, sono stati presentati più di 500 esposti con cui sono state denunciate torture subite durante gli interrogatori e da cui sono scaturiti solo pochi procedimenti disciplinari<sup>448</sup>.

L'utilizzo del regolamento interno al GSS quale manuale per gli interrogatori, che ad oggi risulta ancora segreto, è stato indirettamente confermato da Primo Ministro Olmert che, nel 2007<sup>449</sup>, affermò che le *internal guidelines* che prevedono dei sistemi di consultazione con ufficiali di alto rango, preventivi all'utilizzo di tecniche straordinarie di interrogatorio, rispettano i requisiti richiesti dallo stato di necessità. Con tale asserzione, da un lato, si ribadisce l'interpretazione distorta della scriminante, quale autorizzazione preventiva all'utilizzo di violenza e, dall'altro lato, si introduce una disfunzionalità nel sistema giuridico, che permette di far derubricare ipotesi di tortura, da reato a semplice illecito amministrativo.

Sebbene la Corte Suprema, nella sentenza del 1999 avesse accolto un modello *ex post* di legittimazione all'utilizzo di forza fisica moderata, la realtà dimostra che nella prassi già esistono i “*torture warrant*”, a favore dei quali si era già posto Dershovitz<sup>450</sup>.

Nel novembre 2008, la c.d. “*necessity procedure*” venne sottoposta nuovamente al vaglio della Corte, ma il ricorso venne dichiarato inammissibile, poiché la base fattuale e le prove allegate risultavano insufficienti, nonostante il fatto che il governo avesse già espressamente ammesso l'esistenza di una procedura minuziosamente regolamentata e, a suo parere, pienamente in linea con le raccomandazioni emerse nel *decisum* del 1999<sup>451</sup>.

Il quadro appena delineato risulta ulteriormente aggravato dalla carenza di garanzie a favore delle vittime di tortura, che scontano l'inefficienza di un meccanismo di indagine demandato ad un organismo connivente, anziché indipendente. I ricorsi vengono infatti rivolti al Dipartimento del GSS titolare delle indagini interne, nella persona dell'*Official in Charge of Investigating Interrogees' Complaints*, anche lui membro dei servizi segreti, che è tenuto a trasmettere un *report* preliminare sulla fondatezza delle accuse

<sup>448</sup> *Complaints: GSS Interrogators Tear Off Beards and Sodomize Detainees*, in *Haaretz*, 8 novembre 2006; *Rights Groups: Shin Bet Torturing Jailed Palestinians*, in *Haaretz*, 6 maggio 2007.

<sup>449</sup> Vedi I. MANN-O. SHATZ, *The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond: 1987-2009*, 2010, pp. 75-76, reperibile on-line: [http://digitalcommons.law.yale.edu/student\\_papers/113](http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/113).

<sup>450</sup> Vedi A.M. DERSHOVITZ, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2003, pp. 110 ss.; ID, *Torture Without Visibility and Accountability is Worse Than With it*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 2003, pp. 326 ss.; ID, *The Torture Warrant: A response to Professor Strauss*, in *NYL Sch. L. Rev.*, 2003, pp. 275 ss.

<sup>451</sup> Vedi I. MANN-O. SHATZ, *op.cit.*, pp. 81 ss.

all'*Attorney General*, che decide discrezionalmente se procedere con un'azione penale, oppure archiviare il caso<sup>452</sup>.

La decisione viene dunque lasciata a colui che è direttamente responsabile della predisposizione delle linee-guida in materia di stato di necessità e può essere censurata dalla Corte Suprema solo in presenza di un ricorso *ad hoc*, e soprattutto solo nel caso in cui le conclusioni dell'*Attorney General* risultino manifestamente irragionevoli.

Come si può facilmente notare, da tale meccanismo emerge un circolo vizioso che rende l'impunità la regola e la punizione solo una rara eccezione.

---

<sup>452</sup> E. GROSS, *Legal Aspects of Tackling Terrorism*, op.cit., p. 115.

## CAPITOLO III

### LA SICUREZZA NAZIONALE IN “TEMPO DI TERRORISMO”

SOMMARIO: 1. *La sicurezza nazionale secondo la prospettiva israeliana; Segue: Diritto umanitario v. contro diritti umani: se si sceglie la guerra...*; 2. *La sicurezza nazionale secondo la prospettiva europea; Segue: il principio di proporzionalità ed i suoi recenti sviluppi applicativi. Il caso “data-retention” quale case-study europeo del rapporto regola-eccezione*; 3. *La doppia anima del diritto alla sicurezza e la lotta al terrorismo*; 4. *Le “dimensioni” caratterizzanti la sicurezza; Segue: il diritto alla sicurezza nel titolo I del codice penale italiano (cenni)*; 5. *La sicurezza come interesse meritevole di tutela; Segue: possibili linee di sviluppo*

#### 1. *La sicurezza nazionale secondo la prospettiva israeliana*

Il fenomeno terroristico ha una natura ibrida. È vero che può assumere tratti tipici di un atto di guerra, dato che risulta orientato a colpire con violenza interessi super-individuali, come la stabilità politica degli ordinamenti e l'integrità funzionale degli Stati. Ma, nonostante questo, mantiene la propria natura criminale<sup>453</sup>.

La sua matrice fondamentalista, legata a solide basi religiose, politiche oppure ideologico-integraliste, ha creato i maggiori problemi in ambito internazionale, in relazione alla definizione delle attività di guerriglia dei c.d. *freedom-fighters*<sup>454</sup>, ovvero coloro che lottano a difesa del proprio diritto all'autodeterminazione. Proprio il profondo disaccordo su questo punto tra Stati medio-orientali ed occidentali ha bloccato i lavori della Commissione istituita dall'Assemblea Generale dell'ONU per l'elaborazione di una Convenzione globale sul terrorismo<sup>455</sup>. Nonostante ciò, il

---

<sup>453</sup> Vedi G.P. FLETCHER, *The Indefinable Concept of Terrorism*, in *J. Int'l Crim. Just.*, 2006, pp. 894 ss.

<sup>454</sup> L'art. 18, comma 2, del progetto di convenzione globale, avrebbe dovuto introdurre un'esimente a favore di coloro che praticano attività violenta e di guerriglia nell'ambito di contesti bellici, pur non essendo inquadrati in un esercito istituzionale, purché non vengano violate le norme di diritto internazionale umanitario. In argomento vedi P. MOROSINI, *La definizione internazionale di terrorismo*, in *Quest. giust.*, 2002, pp. 1357 ss.; R. BARBERINI, *Terrorismo e movimenti di liberazione nazionale: la Convenzione globale contro il terrorismo*, in A. DE GUTTRY (a cura di), *Oltre la reazione. Complessità e limiti nella guerra al terrorismo internazionale*, ETS, Pisa, 2003, pp. 107 ss.

<sup>455</sup> Nel 1996 la Assemblea Generale dell'ONU adottò la risoluzione n. 51/210 con cui venne istituita una commissione *ad hoc* per la predisposizione, *inter alia*, di una proposta di Convenzione globale in materia di terrorismo. Tale ultimo mandato era stato poi confermato con la risoluzione n. 59/46 del 2004. Tuttavia, i lavori subirono un arresto a causa del persistente disaccordo sulla opportunità di distinguere tra terrorismo, diritto di autodeterminazione e terrorismo di Stato, che vedeva le delegazioni occidentali fortemente contrarie. Peraltro questa sembra una posizione ormai consolidata anche in seno alle Nazioni Unite, anche alla luce delle risoluzioni A/RES/49/69 (art.1, par. 3), A/RES/51/210 (art 1, par. 2),

Consiglio di Sicurezza ha sempre operato prescindendo da definizioni formali e condivise, assumendosi il compito di stabilire chi doveva essere considerato terrorista (*black-list*) e quali atti dovessero essere qualificati tali, ai fini dell'applicazione delle relative misure repressive<sup>456</sup>.

Per comprendere che tipo di strumenti utilizzare nel contrasto al terrorismo internazionale, sembra opportuno rispondere ad una domanda preliminare: che cos'è il terrorismo? È da ricondurre ad una situazione di pace, di guerra o ad una emergenza *sui generis*?

Dalla risposta dipenderà quale tipo di diritto applicare; e da essa dipenderà la decisione dello Stato sulla propria essenza, ossia sulla forma di governo da voler adottare<sup>457</sup>. Spetta dunque agli Stati decidere se “entrare in guerra”, trasformandosi in Stati di polizia, oppure se restare fedeli ai principi della democrazia, pur ammettendo qualche deroga all'assetto di garanzie tipico delle situazioni di “normalità”.

Lo Stato di Israele, ad esempio, nonostante si sia impegnato ad adeguarsi alle previsioni della Convenzione ONU del 1999, implementandone la definizione di terrorismo tramite strumenti normativi, anche di carattere penale (il codice penale e la *Prevention of Terrorism Ordinance* richiamano infatti la *Financing Terror Prohibition Law 5765-2005*<sup>458</sup>), ha deciso comunque di “entrare” in guerra. Sia la giurisprudenza, sia la dottrina, hanno altresì insistito sulla necessità di adeguare le previsioni internazionali di

---

A/RES/58/81 (art. 2) che statuiscono: “*Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or the nature that may be invoked to justify them*”. Dello stesso tenore le successive risoluzioni: A/RES/59/46 del 2004, A/RES/63/129 del 2009. Vedi, per un approfondimento sulla definizione di terrorismo internazionale e le relative problematiche, M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 168 ss. Autorevole dottrina fa però notare che negli anni si è ormai consolidata una definizione consuetudinaria di terrorismo, formatasi attorno alle fonti scritte di portata internazionale e regionale, che condividono un “nocciolo duro” di condotte indubbiamente terroristiche e di fatti che non possono essere considerati tali. Vedi A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 124 ss. Tale definizione consuetudinaria può fare riferimento agli elementi indicati della Convenzione contro il finanziamento al terrorismo del 1999, integrati dal movente della condotta, che dovrebbe essere politico, religioso o ideologico. Così A. VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2004, pp. 1132 ss.

<sup>456</sup> Così F. NIGRO, *La nozione di terrorismo internazionale nella prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, pp. 53 ss., in C. FOCARELLI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale: attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Morlacchi, Perugia, 2008.

<sup>457</sup> Così A. OEHMICHEN-S. SAUX, *La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional*, p. 648, in S. MANACORDA-A. NIETO MARTÍN (eds.), *Criminal Law between War and Peace*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009.

<sup>458</sup> Cfr. *supra*, cap. II, parte II, par. 6.1.

diritto bellico al mutato contesto storico, per renderle degli strumenti idonei per lottare contro le minacce poste dal terrorismo internazionale<sup>459</sup>.

Anche la Corte Suprema si è allineata a tale posizione, ribadendo più volte che lo Stato si trovava nel mezzo di una “battaglia”, finché con la sentenza *Beit Sourik Village Council v the Government of Israel*, ha utilizzato il termine di “*armed conflict*”.

La decisione di combattere il terrorismo entro un paradigma bellico è profondamente radicata nella storia di questo Paese, che durante i suoi 66 anni di vita si è trovato più volte in guerra contro gli Stati arabi confinanti ed ha dovuto fronteggiare un costante problema di sicurezza legato agli attacchi terroristici, anche sotto forma di attentati di *kamikaze*.

In un simile contesto, come evidenziato nel capitolo precedente, i poteri dello Stato si sono mossi su binari diversi e solo parzialmente convergenti.

La scelta di fondo, al momento della dichiarazione di indipendenza, fu quella di conferire poteri straordinari all’esecutivo, affinché potesse rispondere prontamente alle esigenze di sicurezza nazionale, legate alla guerra che scoppiò di lì a poco. Tutto ciò in forza delle previsioni della sez. 9 *Law and Administrative Ordinance* del 1948, successivamente trasposte nella *Basic Law: the Government*, così da creare un “quadro costituzionale” di gestione dell’emergenza, basato soprattutto sulle *emergency regulations* dell’esecutivo.

Il Parlamento, tradizionalmente incline ad un approccio minimalista in materia di sicurezza e contrasto al terrorismo, cominciò ad intervenire con legge ordinaria a partire dagli anni ’90, anche grazie alle continue pressioni della Corte Suprema, che riteneva imprescindibile un’autorizzazione legislativa per la limitazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, le varie riforme intervenute in tale settore hanno mostrato un sostanziale avvallo delle scelte dell’esecutivo, attraverso una semplice traduzione delle misure adottate con regolamento e destinate ad avere una durata temporanea, in leggi ordinarie ed indipendenti dello Stato. Questo è accaduto, da un lato, in materia di istigazione a

---

<sup>459</sup> Vedi ampiamente le considerazioni e le proposte avanzate da E. GROSS, *The Laws of War Waged Between Democratic States and Terrorist Organizations: Real or Illusive?*, in *15 Fla. J. Int’l L.*, 2003, pp. 389 ss. Nonostante ciò la risposta israeliana al terrorismo è stata diversa rispetto a quella statunitense, poiché non è mai stata avanzata l’ipotesi di disapplicare il diritto internazionale umanitario o di introdurre delle eccezioni alle sue garanzie. La Corte Suprema, infatti, nella sentenza sugli “omicidi mirati” non ha accolto la definizione di *unlawful combatant*, ma ha preferito quella di “civile che prende parte alle ostilità”, potendo applicare a quest’ultimo le previsioni contenute nel I Protocollo addizionale alla IV Convenzione di Ginevra (che fa espressa menzione di tale figura). Vedi *supra*, cap. II, parte II, par. 7.3.

delinquere ed istigazione all'odio razziale, ove si è assistito ad una semplice traduzione delle previsioni della *Prevention of Terrorism Ordinance* all'interno del codice penale e, dall'altro lato, in relazione alle previsioni dipendenti dallo stato di emergenza, che permettono l'utilizzo di poteri straordinari seppur astrattamente temporanei.

Il 9 giugno 2013 il Comitato ministeriale per la legislazione ha approvato la bozza preliminare del nuovo *Counter-Terrorism Bill, 5771-2011*, che si trova ora al vaglio della *Knesset*. Tale *statute* ha come fine quello di sostituire tutte le previsioni relative al contrasto al terrorismo, la cui effettività oggi è vincolata allo stato di emergenza.

L'iniziativa è stata inizialmente salutata con favore dato che avrebbe permesso di creare una legislazione "moderna", sistematica e coerente con il fenomeno da fronteggiare. Il *draft*, tuttavia, sembra avere come fine quello di implementare nella legge nazionale tutte le misure di natura emergenziale oggi in vigore, comprese quelle delle *Defence (Emergency) Regulations* del 1945, aumentando sensibilmente le pene per le c.d. *security offences*, senza alcun controllo di compatibilità costituzionale.

Anziché procedere ad una nuova valutazione circa la proporzionalità di alcune misure rispetto alla protezione delle libertà fondamentali, l'intenzione che emerge dalla bozza preliminare è quella eliminare solo l'elemento della "dipendenza" rispetto alla dichiarazione dello stato di emergenza<sup>460</sup>.

Le maggiori critiche avanzate dalle associazioni per i diritti umani, nei numerosi *position papers* inviati alla *Knesset*, riguardano: a) le gravi limitazioni poste alla libertà di espressione con la previsione della pena di tre anni di reclusione per chi, in pubblico, dimostra il proprio supporto ad un gruppo terroristico (anche solo con l'esibizione della bandiera o di un logo); b) il riconoscimento della possibilità di utilizzare prove e documenti segreti e testimonianze *de relato*, come misura ordinaria nelle procedure di detenzione amministrativa, in quelle relative alla deliberazione del governo circa la natura terroristica di un'organizzazione ed il conseguente inserimento della stessa nella *black-list* e nei procedimenti di revisione degli ordini di confisca di immobili e terreni, che si suppone essere stati utilizzati per la preparazione di attacchi; c)

---

<sup>460</sup> Attorney L. Margalit, *Director of the Human Rights in the Criminal Process Program*, ha infatti affermato: «*There is no question that the state must protect the security of its citizens and act to prevent acts of terrorism. But sixty-five years after the establishment of the state, the time has indeed come to cancel the draconian emergency legislation and defense regulations. Instead of engaging in substantial reform however, this bill enshrines what are essentially emergency powers in permanent, modern legislation and grants the government wide-ranging authorities that open the door to the violation of the rights of innocent people*». Intervista rilasciata ad ACRI, il 9 giugno 2013.



l'indeterminatezza ed ambiguità della definizione legislativa di “gruppo terroristico”, “partecipe” e “atto terroristico”<sup>461</sup>; d) la normalizzazione di poteri investigativi e di polizia di natura eccezionale, legati alla possibilità di arrestare e detenere un soggetto fino a 96 ore senza il controllo di un giudice ed a quella di prorogare il termine di detenzione in contumacia dell'interessato; e) la possibilità di vietare i colloqui con il difensore fino a 21 giorni, con l'effetto di aumentare il rischio di torture e di abusi<sup>462</sup>.

In attesa di comprendere se la *Knesset* terrà conto di tali osservazioni, e vista l'attuale possibilità - in relazione alle attività poste in essere in *West-Bank* - di avvalersi delle leggi draconiane del mandato britannico, non suscettibili di censura costituzionale (vedi sez. 10 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*) e sottoposte solo ai meno stringenti limiti della legislazione umanitaria di guerra, si deve riconoscere alla Corte Suprema un ruolo imprescindibile per la tutela delle libertà fondamentali in «tempo di terrorismo»<sup>463</sup>. A seguito dell'intervenuto riconoscimento degli attacchi terroristici provenienti dal territorio palestinese come “attacco armato”, con possibilità di richiamare l'art. 51 della Carta ONU, ad essa si deve assegnare anche un ruolo ulteriore, ossia quello di mediatore tra sicurezza nazionale e diritti umani e di garante sull'uso non sproporzionato della forza<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> Vedi anche la sintesi critica offerta dall'Israel Democracy Institute (IDI), *New Comprehensive Counter-terrorism Memorandum Bill*, in <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-17/new-comprehensive-counter-terrorism-memorandum-bill>. «*In the opinion of the IDI researchers, the basic problem with the draft memorandum bill lies in its overly broad definitions of terrorist organizations, acts of terrorism, and membership in terrorist organizations. As a result of the breadth of these definitions, legal tools that raise the level of punishment, compromise due process, and violate rights of suspects and defendants are deployed in far too many cases, causing serious violations of rights. Arguably, these broad definitions dilute the term "terror" and, as such, miss the point of the proposed legislation. Instead of differentiating between terrorism and other violent crimes that are worthy of less stringent responses, the memorandum bill puts a variety of actions and behaviors all in one 'basket,' when each warrants separate consideration.*»

<sup>462</sup> Vedi ampiamente il *position paper* preparato per ACRI dall'*Attorney L. Margalit*, reperibile on-line: <http://www.acri.org.il/en/wp-content/uploads/2013/06/ACRI-Position-Paper-CounterTerrorism-Bill.pdf>.

<sup>463</sup> Così R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 352. Con tale termine l'autore fa riferimento alla disciplina derogatoria al diritto bellico adottata nella strategia della guerra al terrore. Essa, infatti, si distingue dall'approccio di diritto penale al fenomeno, ma anche a quello tipico del diritto di guerra, viste le deroghe alla IV Convenzione di Ginevra in relazione ai diritti da accordare ai terroristi ed alla lettura estensiva della Carta ONU in materia di *jus in bello* (in particolare quella dell'art. 51). Tale posizione ricorda quella espressa nel 2002 dal giudice Mazza della Corte Suprema di Israele che statui: «*(...) there is a third possibility, which is called terrorism... These terrorists are the enemies of the entire world. They do not belong to a state or another and their citizenship is irrelevant. They belong to a third world upon which the nations of the world have declared war*».

<sup>464</sup> Mentre nella prima fase della vita dello Stato di Israele il modello di risposta all'emergenza nazionale rientrava in quello delineato dalla teoria decisionista di Schmitt, nella seconda fase si nota un passaggio verso uno stato di eccezione relativo, più vicino a quello proposto da Agamben. L'intervento del

Non si deve tralasciare il fatto che la Corte Suprema israeliana, pur avendo sempre ribadito la necessità di condurre la lotta al terrorismo nei limiti consentiti dalla *Rule of Law*, si trova comunque ad operare in un contesto di “guerra al terrorismo”, che rende difficile mantenere una posizione terza ed imparziale nel decidere i casi più complessi, soprattutto in relazione alla conservazione dei principi cardine della democrazia di fronte ad un fenomeno che è nato per distruggerli. Restarvi fedele e garantire allo stesso tempo i diritti fondamentali dei terroristi catturati e posti sotto processo ha fatto insorgere l’opinione pubblica, che ha accusato i giudici di indebolire il Paese, prendendo decisioni inconciliabili con la quotidiana lotta per la sicurezza. Si è infatti sottolineato che questi ultimi, rappresentando uno dei tre rami dello Stato, difficilmente potranno restare estranei alla disputa<sup>465</sup>, visto che il nemico è deciso ad attaccare l’intero albero.

A tali difficoltà si aggiunge poi il fatto che nel giudizio di bilanciamento tra interessi opposti, che la Corte si è più volte impegnata a fare, “le esigenze di sicurezza nazionale”, utilizzate come parametri comparativi rispetto alla legittimità delle misure oggetto di giudizio, non sono quelle richiamate in tempo di pace<sup>466</sup>: il meccanismo di bilanciamento rimane lo stesso, ma vi è una sensibile tendenza a valorizzare la sicurezza a dispetto delle libertà dell’individuo, dando alla prima un’interpretazione particolarmente estensiva.

Analizzando la giurisprudenza della Corte Suprema (anche nella sua veste di *High Court of Justice*) si possono quindi individuare da un lato, delle pregevoli pronunce che pongono dei limiti all’utilizzo della forza da parte dello Stato<sup>467</sup> e, dall’altro lato, delle decisioni discutibili che, pur mettendo ben in evidenza la complessità della gestione della “guerra al terrorismo”, segnano un esempio forte delle possibili patologie che quest’ultima può far ricadere sul sistema giuridico e sul livello di protezione dei diritti fondamentali.

---

Parlamento e, successivamente al 1995, quello della Corte Suprema, conduce ad inserire lo Stato di Israele tra i *Models of Accomodation* descritti da O. Gross.

<sup>465</sup> Così A. REICHMAN, *The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception and the Role of the Scholar*, in *95 Calif. L. Rev.*, 2007, pp. 1619 ss.

<sup>466</sup> Ne è un esempio la presunzione, seppur relativa, di buona fede dei *Military Commanders* nella scelta della strategia anti-terrorismo da utilizzare, in forza del fatto che tali soggetti possono vantare uno specifico *know-how* in materia di sicurezza. Vedi HCJ 258/79, decisione reperibile solo in ebraico.

<sup>467</sup> Per una disamina generale, relativa alle garanzie introdotte dalla giurisprudenza della Corte nei confronti di terroristi o sospetti tal vedi Y. MERSEL, *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: the Israeli Model for the Role of the Judiciary during the Terror Era*, in *38 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.*, 2006, pp. 67 ss.

Tra le prime si annovera la decisione della Corte Suprema di fornire una interpretazione estensiva dei principi di *justiciability* e *standing*. A seguito della intervenuta occupazione bellica delle aree di Gaza e *West Bank* nel 1967, infatti, alla popolazione palestinese, come anche ad ONG e ad altri soggetti portatori di interessi diffusi, è stato riconosciuto il diritto di ricorrere contro le decisioni adottate dai *military commanders*, sebbene queste avessero ad oggetto misure ritenute necessarie per la sicurezza nazionale. I giudici si sono mostrati disposti ad applicare il diritto internazionale umanitario della IV Convenzione di Ginevra e della Convenzione dell’Aia ed hanno altresì precisato che i militari israeliani, anche quando operano al di fuori dei confini nazionali, sono sempre soggetti alla legge ed allo scrutinio di legittimità della Corte.

L’orientamento adottato era basato sulla teoria per cui le corti nazionali non operano unicamente come organo dello Stato, ma rappresentano una sorta di *longa manus* della giurisdizione sovranazionale. Secondo tale approccio quindi, nel giudicare su questioni inerenti i diritti della popolazione che si trova sotto occupazione, esse agiscono anche come organismi della comunità internazionale<sup>468</sup>.

La Corte Suprema si è poi dichiarata competente a decidere sulla legittimità delle strategie militari in materia di sicurezza e, così facendo, ha ampliato i propri poteri di *judicial review* (soprattutto a partire dal 1995)<sup>469</sup> rispetto a misure anti-terrorismo di qualsiasi natura.

---

<sup>468</sup> Vedi E. BENVENISTI-G. DOWNS, *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*, in *20 Eur. J. Int’l L.*, 2009, pp. 59 ss; vedi inoltre Y. SHANY, *National Courts and International Actors*, 2009, reperibile on-line: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). È stato tuttavia fatto notare che tale atteggiamento potrebbe anche avere un’altra lettura. La Corte Suprema è e rimane un organo nazionale, quindi l’interpretazione che i suoi giudici possono dare alla legge internazionale è comunque divergente rispetto a quella che potrebbe essere fornita dalle Corti internazionali. Riconoscere la sua giurisdizione sui *military commanders* nelle zone occupate potrebbe anche fare pensare da una parte, ad un primo tentativo di annessione “giuridica” del territorio e, dall’altra parte, ad una esplicita legittimazione della occupazione agli occhi dell’opinione pubblica israeliana, ma anche della comunità internazionale. Vedi ampiamente R. SHAMIR, “*Landmark Cases*” and the *Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel’s High Court of Justice*, in *24 Law & Soc. Rev.*, 1990, pp. 781 ss.

<sup>469</sup> Si ricorda che la Corte Suprema israeliana si è autoconferita poteri di *judicial review* anche sugli atti del Parlamento, oltre che sull’attività amministrativa in genere, definendosi custode dei diritti fondamentali enucleati dal *Bill of Rights* adottato dallo Stato nel 1992. Ad essa sarebbe spettato infatti il vaglio sulla legittimità di qualsiasi misura incidente sui diritti fondamentali, alla luce della sez. 8 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*. La stagione di “attivismo” della Corte, segnata dall’adozione di quest’ultima legge fondamentale e dal caso *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, ha portato da un lato, al rifiuto del partito ultraortodosso di votare a favore di una nuova legge a tutela di diritti fondamentali e, dall’altro lato, ad una proposta (o forse addirittura alla minaccia) di modifica della *Basic Law: the Judiciary* da parte della *Knesset*, per ridurre i poteri della Corte Suprema. Vedi sul punto *Friedmann preparing bill to restrict High Court’s powers*, in *Jerusalem Post*, 23 agosto 2007.

Il *leading case*, sebbene per molti versi criticato, è rappresentato dall'abbandono della tendenza a non giudicare nel merito le esigenze di sicurezza, affermatosi con la sentenza "Elon Moreh" del 1979<sup>470</sup>.

Con tale decisione la *High Court of Justice* per la prima volta sembrò segnare un cambio di rotta in materia di confisca di terre facenti parte delle zone sotto occupazione bellica anche se, nei fatti, essa dimostrò avere solo una valenza simbolica.

Fino a quel momento i giudici avevano sempre avvallato le decisioni dell'esecutivo, senza valutarne in modo rigoroso i presupposti e la compatibilità con il diritto internazionale (cosa imprescindibile dato che si stava operando in territorio occupato). Anche in quel caso, dunque, seguendo la prassi consolidatasi fino a quel momento, lo Stato sostenne che la decisione di confiscare delle terre accanto alla città palestinese di Nablus, per la costruzione di un insediamento, era supportata da motivi di sicurezza, poiché avrebbe creato una cintura protettiva a garanzia della vita e dell'integrità fisica dei cittadini israeliani. Tuttavia, i coloni assunsero una posizione in parte contrastante, poiché sostennero che la misura avesse il fine di garantire il "diritto al ritorno" degli ebrei nella terra promessa.

La Corte, proprio alla luce di tale discrasia, dovette riconoscere l'illegittimità della confisca per violazione del diritto internazionale, dato che l'azione dell'esecutivo era supportata da semplici ragioni di opportunità politica e non da "necessità di guerra"<sup>471</sup>. L'art. 46 della Convenzione dell'Aia statuisce, infatti, un divieto di confisca di territori sottoposti ad occupazione bellica, derogabile solo alle condizioni dell'art. 43 che, a sua volta, pone una clausola generale secondo cui alla potenza occupante è data la

---

<sup>470</sup> H CJ 390/79, *Dawikat v. Government of Israel*, reperibile solo in ebraico. In tale decisione la Corte evitò volontariamente di affrontare la questione della legittimità degli insediamenti e della stessa occupazione alla luce del diritto internazionale. Essa inoltre, negli anni, non mise in discussione la posizione dell'esercito secondo cui la costruzione di *settlements* si dimostrava necessaria per ragioni di sicurezza nazionale, ma ribadì più volte che essi dovevano considerarsi meramente temporanei e soggetti a possibili ordini di evacuazione. Vedi sul punto A. REICHMAN, *Judicial Independence in Times of War: Prolonged Armed Conflict and Judicial Review on Military Action in Israel*, in *Utah L. Rev.*, 2011, pp. 77-78.

<sup>471</sup> Sulla stessa linea si pongono H CJ, *Awib v. Minister of Defence*; H CJ 390/79, *Dawikat v. Government of Israel*; H CJ, 7957/04, *Marabeh v. Prime Minister of Israel*, aventi ad oggetto la legittimità degli insediamenti. Con tali decisioni la Corte ha rigettato le argomentazioni relative alla sua incompetenza ed ha ribadito la necessità di sottoporre a scrutinio qualsiasi decisione, anche se di natura politica, che ricade sui diritti umani (in questi casi il diritto di proprietà). Nell'ultimo caso richiamato la Corte ha precisato: «*the argument that the violation of human rights was the result of security considerations does not prevent the exercising of judicial scrutiny.*» "Security considerations" and "military necessity" are not magic words... This is required by the protection of human rights» (par. 31).

possibilità di prendere tutte le misure necessarie per ristabilire ed assicurare l’ordine pubblico e la vita pubblica<sup>472</sup>.

L’obiettivo dei giudici non fu quello di contenere la portata della “*military necessity doctrine*”. Nelle motivazioni della sentenza, infatti, venne inserita una *back-door* per le eventuali future confische. Con essa si invitò la pubblica autorità a dichiarare preliminarmente “*State Land*” i territori da destinare a nuovi insediamenti, visto che nella maggior parte dei casi gli abitanti dei villaggi palestinesi non disponevano di formali titoli di proprietà su di essi.

È poi opportuno richiamare il *Beit-Sourik Village case*, relativo alla costruzione della barriera di sicurezza. In questo caso i giudici ebbero modo di ribadire la necessità che non solo l’*establishment militare* dovesse agire in una “*zone of reasonableness*”, ma anche che il *test* di proporzionalità dovesse essere adottato in forza di *standard* stringenti, per valutare in concreto la legittimità delle misure di prevenzione al terrorismo<sup>473</sup>.

Secondo parte della dottrina, il recupero della proporzionalità come criterio ermeneutico starebbe a simboleggiare sia l’abbandono della posizione di deferenza della Corte rispetto all’esecutivo, sia la rinuncia a conferire una presunzione assoluta di adeguatezza ai provvedimenti adottati da quest’ultimo per la tutela della sicurezza nazionale. Il motivo di questo cambio di rotta sarebbe infatti legato al perdurare dell’emergenza, che con il tempo avrebbe reso meno credibili le istanze legate alla necessità ed all’urgenza del momento, riportando in primo piano l’esigenza di operare un corretto bilanciamento tra interessi collettivi e diritti fondamentali dell’individuo<sup>474</sup>.

Su tale linea si pongono anche la sentenza con cui si è definitivamente vietata la “*early warning procedure*”, facendo prevalere il diritto alla dignità ed alla tutela della integrità

---

<sup>472</sup> Tale decisione fu comunque criticata, poiché ritenuta meramente simbolica e propagandata nella comunità internazionale a supporto della natura democratica dello Stato di Israele e del rispetto dei diritti umani nelle zone occupate. Il fatto di legare la sicurezza nazionale alla impellente necessità di creare una cintura di sicurezza attorno ai cittadini israeliani, nasconde in realtà un’altra teoria. Queste venne più volte fatta valere dal governo per giustificare la costruzione di insediamenti in territorio palestinese ed è basata sul “controllo sociale”. La presenza di coloni ebrei in quelle zone avrebbe potuto rappresentare un deterrente per la preparazione di attacchi terroristici da parte dei palestinesi, che non avrebbero più potuto agire indisturbati in forza dell’appoggio della popolazione locale. Inoltre, avrebbe consentito all’esercito ed ai servizi di sicurezza di avere delle fonti di informazioni privilegiate a cui attingere. Vedi sul punto, anche in relazione ad altri casi simili, R. SHAMIR, “*Landmark Cases*” and the *Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel’s High Court of Justice*, in *24 L & Soc. Rev.*, 1990, pp. 781 ss.

<sup>473</sup> HCJ 2056/04, *Beit Surik Village Council v. The Government of Israel*, vedi *supra*, cap. II, parte II, par. 7.2.

<sup>474</sup> Vedi G. DAVIDOV-A. REICHMAN, *Prolonged Armed Conflict and Diminished Deference to the Military: Lessons from Israel*, in *35 L. & Soc. Inquiry*, 2010, pp. 919 ss., in particolare p. 950.

fisica del singolo sulle esigenze di sicurezza avanzate dall'esercito<sup>475</sup> e quella con cui si è riconosciuto il diritto di appello avverso qualsiasi provvedimento, riconoscendolo un diritto naturale dell'individuo, irrinunciabile anche di fronte ad impellenti ragioni di sicurezza ed inderogabile attraverso regolamenti di emergenza<sup>476</sup>.

Alla criticabile decisione che dichiarò lecita la pratica dei *targeted killings* come misura preventiva di contrasto al terrorismo, al di fuori di un conflitto bellico tradizionale, si deve però riconoscere il pregio di aver abbandonato lo *status based approach* nella valutazione di pericolosità soggettiva del sospetto terrorista. La *individual dangerousness doctrine* proposta, infatti, introduce un accertamento maggiormente effettivo circa la necessità di applicare una misura preventiva, il tipo di misura da adottare, la valutazione circa la sua proporzionalità e quella relativa alla soglia di pericolosità soggettiva per la sicurezza nazionale del destinatario<sup>477</sup>.

Nel quadro fino a qui tratteggiato, non è da tralasciare il fatto che i giudici si trovano a dover decidere sulla base di un concetto di sicurezza nazionale pericolosamente fluido, delineato secondo i flessibili limiti del diritto umanitario di guerra. L'interpretazione estensiva che quest'ultimo concede può infatti portare, in contesti molto diversi, a ritenere la sicurezza nazionale<sup>478</sup> prevalente rispetto a diritti costituzionalmente garantiti

<sup>475</sup> HCJ, 3799/02, *Adalah et al v. GOC Central Command*, vedi *supra*, cap. II, parte II, par. 6.2

<sup>476</sup> H.C. 320/90, *Kawasme v. Minister of Defence*, P.D. 35 (1) 617, vedi *supra*, cap. II, parte II, par. 6.2.1. Nonostante tale decisione della Corte Suprema, si registra oggi il tentativo di introdurre un *escamotage* finalizzato ad aumentare la discrezionalità dell'esercito in territorio occupato, pur garantendo il diritto di appello. Il 25 dicembre 2013 il direttore dell' *Israeli Military's Central Command*, su indicazione del presidente della Corte d'Appello militare di Ofer, ha emesso una ingiunzione con cui si proibisce alla popolazione palestinese di appellare nelle corti militari le decisioni relative a sequestri e confische di beni mobili, immobili e denaro in territorio occupato. Tale decisione si è dunque posta in netto contrasto con la precedente e costante giurisprudenza proprio di quella Corte.

L'esercito ha infatti la facoltà di procedere a confisca, per ragioni di sicurezza, tutte le volte in cui ritenga che questi siano utilizzati per svolgere attività illecita ed in particolare terroristica. Il direttore ha precisato che comunque il diritto di appello non sarebbe violato, vista la possibilità di ricorrere alla Corte Suprema. Tale *iter* risulterebbe però maggiormente gravoso, dato che gli avvocati palestinesi che lavorano in corti militari non hanno accesso alla Corte Suprema (motivo per cui il ricorrente dovrebbe affidarsi ad un avvocato israeliano, con un sensibile aumento dei costi) e che ricorrere a quest'ultima imporrebbe il pagamento di un contributo fisso, da cui sono invece esenti gli appelli nelle Corti militari. Questa sembra essere l'ennesima decisione che conferma la tendenza dello Stato di Israele a proteggere sé stesso dalla popolazione a favore della quale esso, in quanto potenza occupante ed alla luce del diritto internazionale, dovrebbe fornire protezione. Vedi *Palestinians barred from appealing property confiscation in Israeli military court*, in *Haaretz*, 13 gennaio 2014.

<sup>477</sup> HCJ, 769/02, *Public Committee against Torture v. Government of Israel*, vedi *supra*, car. II, parte II, par. 7.3.

<sup>478</sup> Sul punto ha una incidenza decisiva anche la presunzione relativa di buona fede e correttezza accordata alle decisioni dei *military commanders* nei territori occupati, ribadita nel *Beit-Sourik Village case*. In quella occasione i ricorrenti palestinesi vennero assistiti, in veste di *amicus curiae*, dal *Council for Peace and Security*, una ONG israeliana della quale fanno parte ufficiali di riserva di alto grado

e soprattutto rispetto ai diritti della popolazione che lo Stato di Israele, in qualità di potenza occupante, dovrebbe proteggere.

Esempio del pericolo insito in tale concetto privo di limiti è il c.d. “*GSS Pardon case*”<sup>479</sup>, in cui la Corte venne chiamata a valutare la correttezza della decisione del Presidente israeliano di concedere la grazia al capo del *General Security Service* (GSS) e ad altri ufficiali di alto grado, prima dell’apertura del processo a loro carico per i fatti relativi al “*Bus 300 Affair*”.

Secondo le accuse, essi avevano deliberatamente intralciato le indagini relative all’uccisione dei due terroristi che avevano dirottato l’autobus 300, nel tratto tra Tel-Aviv ed Ashkelon. Gli ufficiali del GSS, infatti, dichiararono che essi erano morti durante gli scontri, ma la foto scattata da un giornalista presente al momento dell’arresto dimostrò il contrario. Venne quindi istituita una commissione di inchiesta sull’accaduto ed il capo del GSS ordinò ai suoi subordinati (tra cui alcuni membri della stessa Commissione) di fabbricare prove false, di rendere false dichiarazioni durante le udienze e di sabotare in tutti i modi l’indagine. Uno di essi però rivelò tale piano al *Public Prosecutor* che, nonostante le forti pressioni politiche, incriminò i responsabili di intralcio alla giustizia e falso.

Il Presidente decise comunque di concedere immediatamente la grazia. L’apertura di un procedimento penale, infatti, avrebbe messo a rischio la sicurezza nazionale, travolgendo la fiducia dell’opinione pubblica nell’operato dei servizi segreti. La Corte, chiamata ad intervenire sul caso, avvallò tale decisione anche se la grazia era stata accordata prima dell’apertura del procedimento e dunque non nei confronti di “condannati”, mostrando così di dividerne le motivazioni<sup>480</sup>.

---

dell’IDF, dotati di ampie competenze in materia di sicurezza nazionale. Quest’ultimo produsse un *report* secondo cui avvicinando la barriera ai confini dello Stato di Israele si sarebbe garantita la sicurezza, riducendo al minimo l’intrusione nel territorio palestinesi ed i relativi disagi per la popolazione. Il comandante dell’IDF in *West Bank* dissentì, ribadendo che la soluzione proposta era quella ottimale. La Corte, riconoscendo che le due posizioni dipendevano da “punti di vista militari contraddittori”, decise comunque di accordare un peso speciale all’opinione dell’ufficiale responsabile per la sicurezza, senza fare ulteriori approfondimenti. Vedi M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Time of Stress*, pp. 166 ss., in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e Terrorismo*, ESI, Napoli, 2006.

<sup>479</sup> HCJ 428/86, *Barzilai v. Government of Israel*, testo completo della pronuncia reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/86/280/004/Z01/86004280.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/86/280/004/Z01/86004280.z01.pdf).

<sup>480</sup> Vedi per un commento A. REICHMAN, *Judicial Independence in Times of War*, op.cit., pp. 63 ss. La maggioranza dei giudici ritenne che la grazia fosse stata concessa in modo legittimo, poiché tutti gli imputati, per il solo fatto di averla chiesta, avrebbero tacitamente riconosciuto l’addebito, facendo venire meno la necessità di formalizzare l’imputazione. Quindi, il Presidente avrebbe concesso la grazia a soggetti “colpevoli dei reati contestati”. Nella sua *dissenting opinion* il giudice Barak criticò però tale

In relazione agli incerti confini del concetto di sicurezza nazionale si può inoltre richiamare il caso relativo alla supposta legittimità di trattenere in detenzione amministrativa dei membri di *Hamas* e degli *Hezbollah*, affinché si potessero scambiare con soldati israeliani catturati dal nemico. Il giudice Tal, infatti, nella prima sentenza resa sul caso, giudicò positivamente tale prassi sostenendo che il ritorno dei soldati catturati è parte integrante della sicurezza dello Stato, poiché incide sul morale dell'esercito e sui suoi valori<sup>481</sup>.

Se la fiducia dell'opinione pubblica ed il morale ed i valori dell'esercito possono rientrare nel concetto di sicurezza nazionale, e risultare prevalenti rispetto ad altri diritti fondamentali, significa che, in un paradigma di contrasto al terrorismo di matrice bellica, non esiste la possibilità di garantire questi ultimi in modo effettivo.

Un'altra "ombra" della giurisprudenza israeliana, ove si ravvisa la netta prevalenza della sicurezza sui diritti umani, è rappresentata dalla sentenza sui metodi di interrogatorio pronunciata nel 1999<sup>482</sup> che, nonostante la dichiarazione di principio secondo cui la tortura deve essere considerata una pratica vietata, introduce un'altra *back-door* ad uso e consumo dell'esecutivo. Quest'ultima, legata alla possibilità di utilizzare una pressione moderata nelle c.d. *ticking-time bomb situations*, permette l'instaurazione di uno stato di eccezione assoluto, o meglio, fa rientrare tale prassi nell'*Extra Legal Measures Model*<sup>483</sup>.

Le azioni delle pubbliche autorità, infatti, verrebbero a porsi in uno spazio libero dai limiti posti dal diritto e dalla garanzia dei diritti umani, per essere poi introdotti nuovamente nel sistema giuridico attraverso un *Bill of Indemnity*, rappresentato dallo

---

interpretazione soprattutto perché in tal modo la Corte avrebbe implicitamente riconosciuto al Presidente la possibilità di agire *extra legem*.

<sup>481</sup> A.D.A., 10/94, *Anon. v. Minister of Defence*, 53(1) P.D. 97. «*The return of captured and missing [soldiers] is an integral part of the security of the State and fulfills an important function in relation to the morale of the army and its values. Accordingly, holding the detainees in this case falls within the boundaries of reasons of State security, and where it is proved that their release will harm the efforts to release the captured and missing [soldiers], the detention order becomes valid*». Per un commento vedi E. GROSS, *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, in 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, 2001, pp. 760 ss. Nell'articolo si discute anche la successiva sentenza della Corte Suprema, con collegio allargato a 12 Giudici (primo caso nella storia della Corte), SC., 7048/97, *John Does v. Ministry of Defence*, reperibile on-line: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/97/480/070/a09/97070480.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/97/480/070/a09/97070480.a09.pdf).

<sup>482</sup> Cfr H CJ, 5100/94, *Public Committee Against Torture v. the State of Israel*, vedi *supra*, cap. II, ult. par.

<sup>483</sup> Cfr *supra*, cap. I, par. 1.2.



“stato di necessità istituzionale”<sup>484</sup>. I riflessi di tale scenario in ambito processuale si risolverebbero nell'impossibilità di monitorare le modalità di formazione della prova (a maggior ragione a fronte della prassi di secretazione per motivi di sicurezza), con condanne basate anche su confessioni estorte, e nell'annientamento delle regole di utilizzabilità della prova, del principio del *nemo tenetur se detegere*, della presunzione di innocenza, del contraddittorio (ovvero del diritto di difesa) e della separazione dei poteri<sup>485</sup>.

Quest'ultima decisione fa comprendere come pur partendo da una base valoriale che si dichiara omogenea - ovvero dai valori della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani - a seconda del peso riconosciuto alla sicurezza nazionale, ma ancora di più a quello dei diritti inderogabili del singolo, si possono raggiungere posizioni addirittura inconciliabili.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, parte dalla premessa per cui il terrorismo non può essere combattuto ad ogni costo, ossia con l'utilizzo di metodi che negano i valori che si intendono proteggere. Questo non significa che gli Stati non possano proteggere la propria sicurezza, solo che devono fare senza mettere in pericolo diritti inviolabili, come quello a non essere sottoposti a tortura, poiché esso è insuscettibile di essere posto in bilanciamento e non passibile di condizionamenti<sup>486</sup>.

---

<sup>484</sup> È stato anche affermato che sarebbe *naïve* credere che oggi non si operi a garanzia della sicurezza nazionale avvalendosi di *legal black holes*. Un esempio sarebbe costituito proprio dalle *extraordinary renditions*. Cfr. D. DIZENHAUS, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006, pp. 160 ss.

<sup>485</sup> La confessione, spesso sottoscritta in un momento successivo a quando è stata resa, si formerebbe attraverso un'attività dell'esecutivo in assenza di controllo giurisdizionale ed entrerebbe nel processo quale prova cardine ai fini della condanna. Preme ricordare che il codice di procedura penale israeliano prevede che, in presenza di confessione, il *Public Prosecutor* provi che essa non è stata ottenuta avvalendosi di metodi violenti. Nonostante ciò si sono registrati numerosi casi di falsa testimonianza di agenti dei servizi segreti (essi sono infatti gli unici competenti ad investigare su reati di terrorismo). In tal modo è come se la punibilità fosse rimessa nelle mani dell'esecutivo che, seppur indirettamente, decide se rendere tale prova ammissibile o meno. Per dare una visione della realtà a cui si sta facendo riferimento sembra opportuno riportare il fatto che attualmente sono pendenti davanti ad una Corte di merito due ricorsi contro lo Stato di Israele: il primo presentato da Mustafa Dirani, accusato e condannato per terrorismo, con cui egli denuncia le torture subite (tra cui un tentato atto di sodomia) durante un interrogatorio a cui era stato sottoposto durante la sua detenzione nella base 2391 (definita come la Guantanamo israeliana); il secondo presentato da Doron Zahavi, attualmente consulente per i rapporti con la popolazione araba del *Jerusalem District of the Israel Police*, ma all'epoca ufficiale responsabile di quell'interrogatorio e delle torture subite da Dirani. Con tale ricorso egli chiede il ristoro dei danni di “immagine” subito dopo che il video di quell'interrogatorio è stato reso pubblico, soprattutto in forza del fatto che quegli atti vennero autorizzati da un Colonnello e da un Generale presenti nella base. Vedi G. LEVY, *Pity the Poor Interrogator*, in *Haaretz*, 2 gennaio 2014.

<sup>486</sup> Principio ribadito anche nella sentenza *Saadi v. Italia*, in relazione al divieto di espulsione di un cittadino tunisino verso il proprio Paese di origine, ove sussisteva il rischio di essere sottoposto a

Da tale premessa segue anche il divieto di utilizzo “transnazionale” di prove ottenute attraverso tortura, posto a presidio di un interesse collettivo alla integrità del giusto processo e di conseguenza dell’ordine costituzionale<sup>487</sup>, riconosciuto dai Tribunali internazionali, dalle Corti sovranazionali come anche dai giudici nazionali.

Dal quadro delineato si evince, quindi, che confondere il terrorismo con la guerra può produrre effetti preoccupanti, anche perché sposta il piano legale di riferimento da quello maggiormente garantista dei diritti umani a quello del diritto umanitario dei conflitti armati, facendo leva sulla clausola elastica della “sicurezza nazionale” come strumento di legittimazione per l’esercizio di poteri straordinari.

*Segue: Diritto umanitario v. contro diritti umani: se si sceglie la guerra...*

L’approccio bellico nella lotta al terrorismo fa emergere alcune “patologie” difficilmente conciliabili con un sistema di tutela dei diritti umani che, accanto alle

---

trattamenti inumani e degradanti. La Corte si è mostrata particolarmente attenta a questo profilo, dichiarando insufficienti mere raccomandazioni diplomatiche o adesione dello Stato di destinazione a Convenzioni a tutela dei diritti umani, poiché la protezione fornita a questi ultimi deve essere effettiva. Vedi per un commento B. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell’uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2008, pp. 1113 ss.

<sup>487</sup> Così K. AMBOS, *El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura*, pp. 449 ss., ed in particolare p. 454, in K. AMBOS-E. MALARINO-G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Georg-August-Univ.-Göttingen, Inst. de Ciencias Criminales, Department de Derecho Penal Etranjero e Internacional, vol. I, 2010. In relazione alla giurisprudenza della Corte EDU il riferimento va al caso *Jalloh v. Germany* del 2006, in cui nulla si statui circa l’effetto dell’ammissione di una prova ottenuta con tortura sui principi del *fair trial*, ma si è statuito che: «*incriminating evidence (...) obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe*» (par. 105). Sulla stessa linea si pone la sentenza della Grande camera *Gäfgen v. Germany* del 2010. Sul punto vedi S. GREER, *Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case*, in *11 Hum. Rts. L. Rev.*, 2011, pp. 67 ss. L’Autore critica la decisione della Corte sostenendo che quando due diritti inderogabili (diritto a non essere torturati e diritto alla vita) sono posti in bilanciamento, la decisione è solo morale e non giuridica. I giudici, nel decidere sulla responsabilità dell’investigatore che ha sottoposto l’indagato a trattamenti inumani, non avrebbero tenuto conto, erroneamente, del diritto del bambino rapito alla vita ed a non essere illegalmente detenuto, nonché dell’obbligo positivo dello Stato di attivarsi in via preventiva per proteggere tali diritti. Così facendo pare che si possa aprire la strada per giungere a conclusioni non dissimili a quelle della Corte israeliana in materia di interrogatori.

In relazione alla giurisprudenza nazionale si veda in particolare la decisione della *House of Lords* nel caso *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*, in cui si chiarì che il *common law* proibisce di ammettere prove ottenute con tortura «*irrespective of where, or by whom, or on whose authority the torture was inflicted*». Vedi per un commento G. DI PAOLO, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2640 ss.

esigenze di sicurezza dello Stato e della collettività riesca a conciliare anche le garanzie da dover accordare ai responsabili di atti terroristici.

Guardando al panorama internazionale sembra ormai condivisa la posizione per cui è possibile che si configurino reati di natura terroristica anche nel contesto dei conflitti armati, superando così il problema della esclusiva riferibilità, in tali circostanze, alle sole previsioni della IV Convenzione di Ginevra ed ai crimini di guerra di competenza della Corte penale internazionale<sup>488</sup>. Come già rilevato, infatti, la Convenzione ONU del 1999 estende la propria portata anche agli atti commessi in tempo di guerra a danno di beni primari (vita ed integrità fisica), purché sorretti dal fine precipuo di seminare il panico nella popolazione o di costringere un governo o un'organizzazione internazionale a compiere od omettere un atto (art. 2). Il termine discrezionale poggia dunque sul fine ultimo verso cui è posta in essere la condotta<sup>489</sup>.

Ciò posto, il fatto di decidere di aderire alla dottrina della “*war on terror*” ha non poche ricadute. Una tra tutte l'instaurazione di una difficile convivenza, anche in seno alle Corti, del diritto umanitario di guerra con il diritto internazionale dei diritti umani.

Anche se la dottrina internazionalistica sembra oramai essersi assestata nel ritenere possibile far convivere entrambi gli strumenti di garanzia anche in caso di conflitto armato, non si deve dimenticare la pericolosa apertura alla prevalenza del primo sul secondo che si deve alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. Essa, già nel parere del 1996 sull'utilizzo delle armi nucleari<sup>490</sup>, aveva affermato che il diritto umanitario doveva essere ritenuto *lex specialis* da richiamare tutte le volte in cui si dovesse giudicare sulla conduzione delle ostilità. Tale posizione è stata poi ribadita nel

<sup>488</sup> In relazione alla previsione dell'8 dello Statuto di Roma vedi E. AMATI-V. CACCAMO-M. COSTI-E. FRONZA-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 437 ss., in particolare pp. 454-455. In relazione agli atti di terrorismo nel contesto di un conflitto armato vedi anche G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia University Press, 2009, pp. 382 ss; M. SASSÒLI, *Terrorism and War*, in *4 J. Int'l Crim. Just.*, 2006, pp. 959 ss.

<sup>489</sup> In Italia e con riferimento ad atti di terrorismo in tempo di guerra vedi la lettura che era stata avanzata dal Trib. Napoli, Ufficio GIP, 23 giugno 2011. Il giudice aveva infatti sostenuto l'impossibilità di delineare una definizione di atto di terrorismo in tempo di guerra, opinione suffragata dal richiamo alla posizione assunta dalla Camera d'appello del Tribunale speciale per il Libano, del 16 febbraio 2011. Egli inoltre sostenne che la previsione dell'art. 21 della Convenzione ONU introdurrebbe una clausola di esclusione che obbligherebbe l'interprete, in contesti di conflitto armato, ad avvalersi della IV Convenzione di Ginevra e dei due protocolli addizionali del 1977 ed a qualificare le condotte alla stregua di crimini di guerra o crimini contro l'umanità. Vedi per un commento critico la nota di A. VALSECCHI, *Sulla definizione di terrorismo “in tempo di guerra”*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Quest'ultimo non condivide l'approdo del GIP, sostenendo la pacifica configurabilità di atti terroristici durante i conflitti armati. Vedi in particolare il par. 6.

<sup>490</sup> Vedi ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, advisory opinion*, 8 luglio 1996, par. 25, reperibile on-line: <http://www.icj-cij.org>.

2004, con la *advisory opinion* sulla costruzione della barriera di sicurezza e nel 2005 in relazione alle attività armate in Congo<sup>491</sup>.

La prevalenza dettata dal principio di specialità avrebbe effetti, da un lato, sullo *standard* di protezione dei diritti, dato che potrebbe essere utilizzato come *tertium comparationis* nel bilanciamento tra sicurezza e libertà e, dall'altro lato, sullo stesso *test* di proporzionalità delle Corti, poiché il diritto umanitario richiede di valutarla in termini funzionali rispetto al conseguimento di obiettivi militari, mentre in tempo di pace essa ha ad oggetto la vita e l'integrità fisica delle persone<sup>492</sup>.

La possibilità di una "interpretazione integrata" tra i due *corpora* normativi viene avvallata dalla Corte Suprema israeliana nel caso *Beit-Sourik Village*: il paradigma "costituzionale" di riferimento era infatti quello del diritto umanitario, ma nonostante questo il controllo di proporzionalità adottato fu quello tipico dei diritti umani, dato che i giudici non si accontentarono solo di provare che i benefici in termini di sicurezza fossero superiori ai danni cagionati.

Non sempre però "integrazione" tra modelli significa ammettere l'intervento della legislazione umanitaria solo in caso di lacune della legislazione sui diritti umani o di necessità di renderne più flessibili le garanzie. Potrebbe anche verificarsi il caso di applicazione bifasica dei due *corpora*, che riporterebbe comunque all'attenzione il problema della specialità dello *jus in bello*.

Un esempio è offerto dalla sentenza della Corte Suprema israeliana sugli omicidi mirati. Essa, infatti, ha preliminarmente argomentato in un contesto di *law-enforcement*, statuendo che prima di procedere con tale misura è necessario impegnare le forze

<sup>491</sup> Vedi ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 106; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sentenza, 19 dicembre 2005, par. 216, entrambe reperibili on-line: <http://www.icj-cij.org>.

<sup>492</sup> Vedi, per un approfondimento, A. NIETO MARTÍN, *La tutela dei diritti umani nel diritto penale militare e nelle situazioni di conflitto armato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 301 ss. L'Autore ha messo in luce la reticenza della Corte EDU a fare richiamo al diritto umanitario, dimostrando implicitamente l'idoneità della CEDU a confrontarsi anche con condotte poste in essere nel quadro di un conflitto armato (anche alla luce della clausola di deroga dell'art. 15). Il caso preso in esame è la sentenza *Isayeva v. Russia* del 2005, in cui si doveva stabilire se il governo russo avesse violato il disposto dell'art. 2 CEDU in occasione di un attacco aereo contro un convoglio che trasportava anche civili. La Corte ha utilizzato un controllo di proporzionalità sull'uso della forza, in relazione ai "danni collaterali" causati, basato su un *test* di "stretta necessità", non accontentandosi del semplice controllo sulla legittimità dell'obiettivo militare individuato (parr. 168-181). Essa ha poi censurato il governo russo per la violazione dell'art. 13 CEDU, per non aver aperto una indagine successiva all'operazione per la valutazione sui danni cagionati e per non aver offerto un effettivo rimedio giurisdizionale ai soggetti danneggiati (vedi parr. 235-238). In questo senso anche G. GAGGIOLI-R. KOMB, *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights*, in *Isr. Y.B. Hum. Rts.*, 2007, pp. 115 ss.

statuali nella cattura e nella sottoposizione a processo dei presunti responsabili di atti terroristici. Dopo aver riconosciuto l'*extrema ratio* della misura oggetto di giudizio, è poi passata alla creazione in via ermeneutica di un modello di controllo sui presupposti per il suo legittimo utilizzo, tornando a ragionare entro gli schemi del diritto bellico. In conclusione, raccomandando di procedere con l'apertura di una inchiesta successiva all'operazione, per il controllo sui danni cagionati ed eventualmente il risarcimento di quelli ingiustamente sofferti da parte dei civili, si è nuovamente fatto applicazione di previsioni tipiche della legislazione sui diritti umani.

Così facendo i giudici hanno fornito una interpretazione molto estesa dei casi di privazione non arbitraria della vita, dimostrando che in relazione a tale bene, considerato come diritto inderogabile anche in caso di guerra o pericolo pubblico, il diritto umanitario offre maggiori possibilità di riconoscerne la legittima lesione. Basti pensare alla categoria dei “danni collaterali”, che può coprire l'ipotesi di morte non cagionata con dolo ma come conseguenza della distruzione di un obiettivo militare e, in relazione ad essa, la valutazione della proporzionalità dell'attacco basata solo sulla prevalenza dei benefici militari sulle perdite umane<sup>493</sup>.

La situazione ottimale sarebbe dunque quella in cui, pur nel contesto di un conflitto armato, si potesse ragionare in modo esclusivo secondo il modello fornito dalle leggi a protezione dei diritti umani, così da riconoscere il diritto umanitario come limite massimo ed invalicabile per la compressione di questi ultimi.

Un esempio è stato fornito dalla Corte EDU nel caso *Benzer and others v. Turkey*<sup>494</sup>, deciso dalla seconda sezione il 12 novembre 2013, chiamata a valutare la supposta violazione degli artt. 2, 3 e 13 CEDU ad opera del governo turco, per il bombardamento

---

<sup>493</sup> Vedi sul punto A. GIOIA, *Lotta al terrorismo, diritto di guerra e diritti dell'uomo*, pp. 191 ss, in P. GARGIULO-M.C. VITUCCI, *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, ESI, Napoli, 2009. Il fatto che in tempo di guerra spetti al diritto umanitario stabilire quando la privazione della vita sia intervenuta in modo arbitrario è stato confermato anche dalla Corte internazionale di giustizia nella *Advisory Opinion* sulle armi nucleari. Il principio di specialità è stato richiamato anche dalla Corte Suprema israeliana in relazione alla sentenza del 2008, relativa alla *Internment of Unlawful Combatants Law, n. 5762-2002*, in cui essa ha deciso sulla base della definizione degli attacchi terroristici come “attacchi armati”, nel contesto di un conflitto internazionale. Vedi *supra*, cap. II, parte II, par. 7.3.

<sup>494</sup> Vedi *Benzer and others v. Turkey* (Appl. no. 23502/06), on-line: <http://hudoc.echr.coe.int>. Nel 1994, nell'area in cui si trovavano i due villaggi bombardati, si registrarono un gran numero di scontri a fuoco tra membri del PKK e forze di sicurezza turche. Per togliere risorse al gruppo irregolare queste ultime cercarono di arruolare delle “*village guards*” che potessero fornire informazioni utili per la cattura dei terroristi. L'effetto fu duplice: gli abitanti dei villaggi che rifiutarono “l'arruolamento” vennero evacuati con la forza dall'esercito regolare (anche attraverso attacchi aerei), quelli che invece lo accettarono furono vittima degli attacchi armati del PKK. I ricorrenti facevano parte della prima categoria, motivo per cui il governo partì dal presupposto che essi fornissero supporto logistico alle forze irregolari.

di due villaggi che, secondo informazioni di *intelligence*, si riteneva fornissero supporto logistico ai membri del PKK. I giudici, che si trovarono a decidere in un contesto in cui l'uso della forza era stato destinato ad un *mixed-target* (ovvero a civili e terroristi), mostrarono di restare fedeli agli alti *standard* di tutela dei diritti umani forniti dalla Convenzione, rinunciando a dare peso a logiche legate a strategie militari o supposte ragioni di sicurezza collettiva, di cui lo Stato non aveva comunque fornito prova. I giudici ritennero che l'art. 2 CEDU fosse applicabile non solo in caso di omicidi volontari, ma anche in ipotesi di danni collaterali legati a situazioni in cui l'uso della forza risulta legittimo, precisando che esso deve comunque essere "assolutamente necessario" per permettere il rischio ai sub-paragrafi a), b) e c). Il *test* di necessità così adottato risulta quindi più stringente rispetto a quello applicabile in condizioni "normali", ossia nei casi previsti dal par. 2 degli artt. 8 - 9 - 10 ed 11 CEDU<sup>495</sup>.

In relazione ai danni patrimoniali, ovvero alla distruzione delle case e dei beni mobili dei ricorrenti, la Corte ritenne di poter ravvisare la violazione dell'art. 3 CEDU anche in assenza del proposito di voler sottoporre i destinatari dell'attacco a trattamenti inumani o degradanti. Il privare tali soggetti ed i loro familiari dell'abitazione, obbligandoli a lasciare il luogo dove hanno sempre vissuto assieme ai propri amici, venne infatti interpretato come un elemento idoneo a causare ansia e *stress* e quindi a rappresentare un trattamento inumano ai sensi della Convenzione<sup>496</sup>.

Richiamando tale ultimo approdo, si può ancora più facilmente notare le opposte conclusioni che le Corti possono raggiungere a seconda del *corpus* normativo utilizzato come *tertium comparationis* nel bilanciamento tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali.

La Corte Suprema di Israele, infatti, ha sempre considerato lecita la misura della demolizione di case, con finalità general-preventive, anche in caso di morte del responsabile di reati terroristici, nonostante la privazione della residenza avesse riflessi solo su familiari di quest'ultimo o comunque su persone totalmente estranee all'attività

---

<sup>495</sup> *Ibid.*, par. 163. «Any use of force must be no more than "absolutely necessary" for the achievement of one or more of the purposes set out in sub-paragraphs (a) to (c). This term indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraphs 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. Consequently, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the permitted aims».

<sup>496</sup> *Ibid.*, parr. 210-212.

criminosa<sup>497</sup>. In quelle occasioni i giudici fondarono la loro decisione da un lato, sulle previsioni degli artt. 23 e 46 della Convenzione dell’Aia, che proibiscono la confisca e la distruzione della proprietà privata del nemico, salvo imperative necessità di guerra e, dall’altro lato, sull’art. 53 della IV Convenzione di Ginevra, che vieta l’imposizione di sanzioni collettive e la distruzione della proprietà privata, se non assolutamente necessarie per le operazioni militari.

Lo spostamento del piano decisionale di riferimento produce l’effetto di qualificare lo stesso fatto come un trattamento inumano, se si applica l’art. 3 CEDU, o come una equa e legittima misura deterrente, se si richiama il paradigma dello *jus in bello*, ed in particolare la dottrina della “*effective military reaction*”.

Nella prassi applicativa, tuttavia, non si può non denunciare come il terrorismo si ponga sempre come «clausola di deroga *extra ordinem*»<sup>498</sup>, che permette di forzare i limiti del quadro giuridico di riferimento, con una non chiara interazione tra diversi strumenti di “lotta” e di garanzia.

Anche se si ammettesse che diritti umani e diritto umanitario possono convivere ed venire applicati in modo integrato, il modello potrebbe comunque raggiungere un punto di rottura nel momento in cui si dovesse procedere alla interpretazione delle clausole relative alle “esigenze di sicurezza nazionale” secondo il paradigma bellico<sup>499</sup>. Esse, infatti, non essendo accompagnate da limiti ermeneutici o normativi che ne definiscono la portata, potrebbero facilitare il passaggio dal diritto all’arbitrio legato al grado di emergenza percepita in un certo momento storico.

Basti pensare alla interpretazione della scriminante dello stato di necessità in ipotesi di tortura o trattamenti inumani e degradanti, alla lesione del diritto di difesa in tutti i casi di utilizzo di prove segrete, nonché alla incontrollabile espansione delle misure di

<sup>497</sup> Vedi più approfonditamente *supra*, cap. II, parte II, par. 6.2.2.

<sup>498</sup> Così M. PERTILE, *L’adozione di misure contro il terrorismo nei territori occupati: i poteri e gli obblighi delle potenze occupanti*, p. 314, in P. GARGIULO-M.C. VITUCCI, op.cit.

<sup>499</sup> «*Like exception and emergency, the concept of “national security” is hard to define. It is an amorphous, open-ended concept that is amenable to legal and political manipulation. (...) the crux of this transformation has been the shift in the understanding of national security from a purely military to a much broader concept. (...) the discourse related to national security is not confined to a relatively narrow military dimension; it also comprises civilian ingredients*». Cfr. O. GROSS, *The Normless and the Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the “Norm-Exception” Dicotomy*, in *21 Car. L. Rev.*, 2000, p. 1858.

prevenzione basate sulla pericolosità soggettiva parametrata, anch'essa, al grado di minaccia alla sicurezza nazionale<sup>500</sup>.

Le problematiche qui brevemente illustrate, mostrano i rischi a cui si può sottoporre una democrazia in caso di dichiarazione di guerra al terrorismo e suggeriscono l'opportunità di abbandonare il pericoloso crinale che sembra essere stato oltrepassato a livello internazionale, considerando il fenomeno terroristico secondo la sua natura criminale e non bellica, per concentrare gli sforzi della comunità scientifica sulla individuazione di strumenti di contrasto e *standard* di garanzie comuni.

Non si può negare che si sia ormai consolidato un "nuovo paradigma della sicurezza"<sup>501</sup>, entro cui diversi rami del diritto cominciano a interagire in modo stabile e non si può neppure assestarsi su una posizione di rifiuto di qualsiasi modifica alle categorie giuridiche classiche, poiché la minaccia terroristica deve poter essere affrontata con strumenti di prevenzione e controllo, prima che di repressione<sup>502</sup>.

Quello che sembra però imprescindibile, viste le problematiche appena evidenziate è, da un lato, tenere ben distinte le categorie del diritto penale rispetto a quelle della guerra e, dall'altro lato, cercare di decidere fino a che punto ed in che modo i diritti individuali possano essere limitati per garantire la sicurezza della collettività.

---

<sup>500</sup> Vedi *supra*, cap. II, parte II.

<sup>501</sup> Vedi U. SIEBER, *Blurring the Categories of Criminal Law and the Law of War: Efforts and Effects in the Pursuit of Internal and External Security*, pp. 35 ss., in particolare pp. 64 ss., in S. MANACORDA-A. NIETO MARTÍN (eds.), op.cit. L'Autore distingue tra la sicurezza interna, connotata dall'utilizzo del diritto e della procedura penale a fini del contrasto al fenomeno, con i relativi mutamenti connessi alla necessità di anticipare la tutela ed il controllo; e la sicurezza esterna che invece è connotata dalla legge di guerra e dall'utilizzo sempre più ampio di militari in missioni internazionali ed in operazioni nazionali di *law enforcement*.

<sup>502</sup> Vedi anche le *Linee guida sui diritti umani e la lotta contro il terrorismo*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 luglio 2002, con cui si tenta di delineare un quadro entro cui gli Stati possano operare legittimamente per la prevenzione e per la repressione del fenomeno, nel rispetto delle regole desumibili dalla giurisprudenza della Corte EDU. Tale documento non vincolante, pur non avendo avuto un impatto incisivo sulle successive legislazioni anti-terrorismo, ha comunque ripreso alcuni principi fondamentali. In particolare ha ribadito l'inderogabilità dell'art. 3 CEDU, escludendo la possibilità di porlo in bilanciamento con esigenze di sicurezza della collettività, soprattutto in materia di espulsione per motivi di sicurezza (par. IV). Ha poi statuito che tutte le misure adottate devono rispettare i diritti umani, escludere ogni forma di arbitrio o discriminazione ed essere sottoposte al controllo di un'autorità indipendente. Esse devono inoltre rispettare il principio di legalità, inteso come sufficiente determinatezza e prevedibilità, oltre che risultare necessarie e proporzionate allo scopo (parr. II e III). Il testo delle Linee guida è pubblicato in *The Fight against Terrorism: Council of Europe Standards*, Council of Europe, Strasbourg, 2003, pp. 271 ss. Per un commento, in relazione alle novelle introdotte con il Decreto Pisanu, vedi A. SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali*, pp. 365 ss., in E. KOSTORIS-R. ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.



## 2. La sicurezza nazionale secondo la prospettiva europea

Anche l’Unione europea (Ue) si è trovata a dover rispondere alla domanda formulata nel precedente paragrafo e, dunque, a dover decidere a quali valori di fondo voler aderire e quali strumenti di contrasto al terrorismo dover adottare.

La Risoluzione del 21 agosto 2003<sup>503</sup> sembra fornire una risposta. Il Parlamento europeo ha ritenuto, infatti, che il terrorismo debba essere contrastato nel pieno rispetto dei principi dello stato di diritto ed in conformità con le più alte garanzie di tutela dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche<sup>504</sup>. In tale atto si è espressa preoccupazione per la cooperazione internazionale con gli Stati Uniti, poiché essi, avendo deciso di adottare un approccio bellico al terrorismo, applicano norme diverse e *standard* di garanzia meno elevati rispetto a quelli dell’Unione<sup>505</sup>.

<sup>503</sup> Cfr. capo I, parr. 13 e 14 della proposta di risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione dei diritti fondamentali (2002) (2002/2013(INI)), testo integrale reperibile sul sito ufficiale del Parlamento: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?objRefId=30537&language=IT#title2>.

<sup>504</sup> Contra vedi V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale: tra normativa interna, europea ed internazionale*, ESI, Napoli, 2013, pp. 172-174. L’Autrice denuncia come l’Unione europea abbia dimostrato di qualificare l’attacco terroristico come atto militare ai sensi dell’art. 51 della Carta ONU, avvallando «il discusso orientamento che ritiene configurabile la legittima difesa di diritto internazionale anche nelle ipotesi di attività militari dirette contro organizzazione terroristiche, con un’evidente presa di posizione rispetto al problema, politico, della distinzione tra terrorista e combattente per la libertà». Tale argomentazione si basa sulla previsione della clausola di solidarietà dell’art. 222 TFUE, che in caso di attacco terroristico contro uno Stato membro prevede un’azione congiunta a livello europeo, eventualmente con l’impiego di mezzi militari (formula trasposta dalla Dichiarazione sulla solidarietà contro il terrorismo del Consiglio europeo, del 25 marzo 2004). Sul punto preme precisare come dal semplice richiamo ai mezzi militari non si può dedurre la legittimazione del richiamo all’art. 51 della Carta ONU quale base giuridica per eventuali guerre preventive, anche perché gli strumenti predisposti e sviluppati nei vari Programmi quadriennali, da ultimo quello di Stoccolma 2010-2014, fanno riferimento a strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia che richiedono armonizzazione nel settore del diritto extra-penale, come anche in quello di diritto procedura penale. Nessuna menzione espressa ad azioni militari viene mai fatta. Inoltre, in relazione alla distinzione tra terroristi e combattenti per la libertà, preme sottolineare come la posizione comune assunta dai governi occidentali in occasione dei lavori relativi alla Convenzione globale sul terrorismo si sia assestata sul non riconoscimento di alcuna scriminante a favore di coloro che lottano, anche a favore del proprio diritto di autodeterminazione, al di fuori delle previsioni delle Convenzioni di Ginevra, e dunque discostandosi dalle previsioni che regolano il conflitto bellico tra Stati o tra Stati ed attori non statali. Anche il Consiglio d’Europa, con la Convenzione sulla prevenzione del terrorismo del 2005, nel VII *considerandum* precisa: “Recognising that terrorist offences and the offences set forth in this Convention, by whoever perpetrated, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature, and recalling the obligation of all Parties to prevent such offences and, if not prevented, to prosecute and ensure that they are punishable by penalties which take into account their grave nature”.

<sup>505</sup> In relazione alla sempre più stretta cooperazione tra Stati Uniti ed Unione Europea nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale, tra cui il terrorismo, a partire dalla Dichiarazione Transatlantica del 1990 fino alla Dichiarazione congiunta UE-USA del 2009, *Enhancing Transatlantic Cooperation in the Area of Justice, Freedom and Security* vedi C. MONTELEONE, *La criminalità organizzata come problema di sicurezza internazionale nella nuova agenda transatlantica*, pp. 72 ss., in G. FIANDACA-C. VISCONTI, *Scenari di mafia: orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010.

Simili dichiarazioni non possono che essere lette come una chiara presa di posizione a favore della costruzione di un sistema di contrasto al terrorismo “in tempo di pace”, improntato solo sulla natura criminale del fenomeno, così come previsto anche nell’art. 67 comma 1 TFUE, ai sensi del quale “l’Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali”<sup>506</sup>.

L’ambito europeo deve essere fin da subito preso in considerazione, poiché è da ritenersi il piano privilegiato per il contrasto al fenomeno terroristico, vista la dimostrata inadeguatezza ed inefficienza delle misure adottate a livello meramente nazionale a far fronte alle esigenze di cooperazione giudiziaria dettate dalla natura transnazionale di tale tipo di criminalità.

A conferma di ciò si pone la previsione del par. 1 dell’art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) che, tra le materie in cui l’Unione ha esplicita competenza penale, inserisce anche il terrorismo, considerato uno dei fenomeni transnazionali più gravi, al pari della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, del traffico illecito di stupefacenti, del traffico illegale di armi, del riciclaggio di denaro, della corruzione, della contraffazione di mezzi di pagamento, della criminalità informatica e della criminalità organizzata. Pertanto, anche in questo settore, l’Unione potrà adottare incriminazioni minime e relative sanzioni<sup>507</sup>, limitando la discrezionalità degli Stati membri, attraverso un approccio integrato basato sui principi di sussidiarietà europea e di proporzionalità di cui all’art. 5 TUE e del relativo Protocollo applicativo (n. 2 allegato al TFUE)<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> Vedi ampiamente, in relazione alle competenze in materia penale riconosciute all’Unione europea dal Trattato di Lisbona G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, pp. 359 ss., in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2009; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, in M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, pp. 2569 ss., ove l’Autrice fa espresso riferimento alla “nascita formale del diritto penale dell’Unione Europea”.

<sup>507</sup> In materia di competenze penali dirette ed accessorie dell’UE vedi L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, pp. 216 ss., in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>508</sup> Per un approfondimento sul principio di sussidiarietà, tra la sterminata letteratura, basti il rinvio a M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, pp. 141 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, pp. 15 ss.; ID., *La competenza penale accessoria dell’unione europea: problemi e prospettive*, on-line: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Vedi inoltre ampiamente e per gli opportuni riferimenti bibliografici G. GRASSO, *La «competenza penale» della Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, pp. 683 ss. e R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze

In tale quadro l’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali assume un ruolo guida nel bilanciamento tra libertà e sicurezza, intesa quest’ultima come obbligo positivo dello Stato (ed in questo caso della Ue) nei confronti dei cittadini.

Il principio di proporzionalità acquista il ruolo fondamentale di canone di politica criminale per il legislatore (europeo e nazionale) e, dall’altro lato, quello di criterio “interno” di controllo del suo operato da parte della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali<sup>509</sup>, attraverso la previsione di una “clausola di corrispondenza” finalizzata alla individuazione di *standard* minimi comuni di tutela dei diritti umani. Il par. 3<sup>510</sup>, infatti, stabilisce che laddove la Carta faccia espresso riferimento ai diritti garantiti dalla CEDU, il loro significato e la loro portata debbano essere quantomeno equivalenti a quelli riconosciuti da quest’ultima<sup>511</sup>. Tale sinergia non verrebbe quindi utilizzata solo nel momento di tipizzazione dei reati, ma anche al fine di monitorare, da una prospettiva “esterna”, rappresentata dalla giurisprudenza di entrambe le Corti europee, le modalità di concessione e di esercizio di poteri straordinari, affinché si possano arginare quegli abusi dell’etichetta emergenziale, che permettono di incidere su diritti umani fondamentali secondo meccanismi poco garantiti ed impregnati di quello che è stato definito il “simbolismo efficientista” proprio della politica spettacolare<sup>512</sup>.

---

*concorrenti dell’unione europea in materia penale*, pp. 3 ss., entrambi in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), op.cit.

<sup>509</sup> Le scelte punitive e le misure invasive dei diritti fondamentali troveranno dunque una limitazione strettamente connessa alla loro necessità ed idoneità rispetto allo scopo, nonché al corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco. Vedi più approfonditamente A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo: l’alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, pp. 67 ss. ed in particolare pp. 85-98, in G. GRASSO, L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), op. cit.

<sup>510</sup> Art. 52 par. 3 Carta di Nizza: “Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”. Sul criterio di corrispondenza vedi le conclusioni presentate dall’avvocato generale Pedro Cruz Villalón, il 14 aprile 2011 nella causa C 70/10, così come riportate da R. FLOR, *Lotta alla criminalità informatica e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell’era di Internet*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, pp. 11 ss., reperibile online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1348049846flor%20corretto.pdf>.

<sup>511</sup> Per gli opportuni approfondimenti relativi ai rapporti tra Carta di Nizza e CEDU vedi C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto comunitario*, pp. 109 ss. e S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, pp. 147 ss., entrambi in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011. Con riferimento invece allo stato attuale della legislazione europea in materia di terrorismo vedi la decisione quadro 2008/919/GAI, che modifica quella 2002/475/GAI.

<sup>512</sup> A. BARATTA, prefazione a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 1997, p. XV.

L'ampliamento delle competenze europee anche alla lotta al terrorismo, segna quindi una nuova tappa nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che si allontana dalla semplice politica estera e di sicurezza comune per assumere un volto nuovo, segnato anche dalla armonizzazione del diritto penale e processuale in ambito europeo.

In questa direzione si pone anche la citata Carta di Nizza, che oggi, grazie alla previsione dell'art. 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Il suo art. 6 richiama, infatti, il diritto alla sicurezza in combinato disposto con quello alla libertà, senza confonderlo oppure omologarlo con quest'ultimo e riconoscendogli in tal modo una dimensione autonoma. La ragione sottesa a tale formulazione dovrebbe quindi cogliersi nella «prefigurazione della peculiare aspettativa del cittadino europeo di vedere le proprie libertà saldamente collegate ad una struttura organizzativa»<sup>513</sup> che assuma tra le proprie competenze la protezione delle libertà fondamentali, attraverso l'accentramento dei poteri necessari per la garanzia della sua stessa sopravvivenza. Proprio per rendere effettive tali istanze gli Stati hanno concesso delle limitazioni alla propria sovranità, con il fine di costruire ad un livello superiore le condizioni necessarie per garantire la sicurezza, la vita, la libertà ed i diritti collettivi, ovvero per assolvere i compiti per cui essi stessi sono sorti<sup>514</sup>.

La CEDU, *prima facie*, non sembra avvallare l'autonomia del diritto alla sicurezza rispetto a quello della libertà personale, mostrandosi maggiormente orientata verso l'opinione tradizionale secondo cui la prima deve essere interpretata come garanzia del singolo rispetto alle intrusioni dei poteri pubblici (art. 5). A ben guardare, però, essa non disconosce per nulla il concetto di sicurezza nazionale<sup>515</sup>, che viene anzi testualmente richiamato, assieme alla sicurezza pubblica, alla difesa dell'ordine, alla protezione dei diritti e delle libertà (*inter alia*), dagli artt. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (Libertà di

<sup>513</sup> Così E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse di una "democrazia europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, p. 307.

<sup>514</sup> Vedi sul punto G. FERRARA, *L'instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale*, p. 49, in *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra: Atti*, CEDAM, Padova, 2000. Sul punto si possono infatti richiamare gli artt. 10 ed 11 della nostra Costituzione.

<sup>515</sup> Stessa interpretazione si può dare all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, poiché il richiamato diritto alla sicurezza riguarda la sicurezza della propria persona ed è collegato al diritto alla vita ed alla libertà. Esso non gode quindi di una dimensione autonoma.

espressione) ed 11 (Libertà di riunione e di associazione), come fondamento di misure idonee alla loro limitazione.

La conferma dell’esistenza di un diritto collettivo alla sicurezza, che può essere posto in pericolo da forme di criminalità particolarmente grave, si ha a maggior ragione dalla presenza, nel testo della Convenzione, della clausola di eccezione dell’art. 15, che permette allo Stato di sospendere alcune garanzie in situazioni di “emergenza”.

Con quest’ultima precisazione non si vuole sottintendere una presunzione di prevalenza di tale diritto collettivo su quelli individuali, ma si vuole semplicemente affermare quantomeno la pari di dignità degli stessi, una volta posti in bilanciamento. Richiamando anzi i *core rights* definiti inderogabili dal par. 2, si potrebbe giungere alla conclusione diametralmente opposta per cui, anche in caso di stringenti esigenze legate alla difesa della integrità dello Stato, o alla protezione delle vittime potenziali di un attacco terroristico, i diritti umani ivi elencati devono sempre essere posti in una posizione di prevalenza.

Ritorna dunque la questione relativa al ruolo ed all’incidenza, anche sulla futura politica-criminale dell’Ue, del principio di precauzione, così come delineato dall’art. 52 della Carta di Nizza.

*Segue: il principio di proporzionalità ed i suoi recenti sviluppi applicativi. Il caso “data-retention” quale case-study europeo del rapporto regola-eccezione*

L’Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, nelle conclusioni presentate il 12 dicembre 2013 alla Corte di Giustizia, nella causa C-293/12, fa una ricostruzione dettagliata del principio di proporzionalità regolato all’interno del sistema europeo<sup>516</sup>.

La questione verteva sulla supposta illegittimità della Direttiva 2006/24/CE relativa alla armonizzazione della disciplina del *data-retention* tra i diversi Stati membri ed alla introduzione, negli Stati che ancora non lo prevedono, di un obbligo di garantire la conservazione dei dati (da 6 mesi a 2 anni), necessario a fini di indagine e perseguimento di gravi attività criminali e per il buon funzionamento del mercato interno<sup>517</sup>. In questa occasione l’Avvocato generale ha avuto modo di precisare alcuni obblighi gravanti sul legislatore europeo, dimostrando come la proporzionalità, oltre che criterio ermeneutico, debba essere usata come canone di politica-criminale.

<sup>516</sup> Testo integrale reperibile on-line: <http://curia.europa.eu>.

<sup>517</sup> *Ibid.*, parr. 31-39.

Ai sensi dell'art. 5, par. 4 TUE ed in combinato con la sussidiarietà, essa viene considerata un principio generale che regola l'azione dell'Unione ed è una precondizione per l'adozione degli atti delle istituzioni, nel pieno rispetto delle competenze degli Stati membri.

L'Avvocato generale distingue il caso dell'adozione di uno strumento di armonizzazione, rispetto a quello della limitazione al godimento dei diritti fondamentali da parte della normativa europea. Nel primo caso, correttamente, si deve lasciare piena discrezionalità agli Stati circa gli strumenti da utilizzare per l'adeguamento e la previsione delle garanzie da apprestare, nel secondo caso invece il legislatore dell'Unione è gravato dall'obbligo di indicare espressamente tali garanzie<sup>518</sup>, quantomeno sotto forma di principi da sviluppare a livello nazionale<sup>519</sup>.

Il principio di proporzionalità richiamato dall'art. 52, par. 1 ha una portata molto più incisiva rispetto a quello dell'art. 5, par. 4 TUE, poiché è inteso come una precondizione per la limitazione dei diritti fondamentali che impone che le ingerenze in questi ultimi siano previste *ex lege* ed in conformità con il principio di precisione, che rispettino il nucleo essenziale dei diritti sui cui intervengono e che siano proporzionate ovvero necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale<sup>520</sup>.

In relazione ai requisiti della legge, è interessante notare come l'Avvocato generale, con il richiamo al par. 3 dell'art. 52, faccia espresso riferimento alle argomentazioni della Corte EDU, fugando ogni dubbio circa il fatto che la clausola di corrispondenza non richiami solo le previsioni della Convenzione, ma anche la norma risultante dalla interpretazione della disposizione<sup>521</sup>.

Il test di proporzionalità a cui deve essere sottoposta la misura prevede quindi diverse fasi. La prima riguarda l'idoneità rispetto allo scopo, la seconda ha ad oggetto la sua

---

<sup>518</sup> *Ibid.*, parr. 115-118. Vedi in particolare il par. 120: «Il legislatore dell'Unione, infatti, nell'adottare un atto che impone obblighi che costituiscono gravi ingerenze nei diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri, non può lasciare completamente a questi ultimi il compito di definire le garanzie atte a giustificarle. Esso non può contentarsi né di rinviare alle autorità legislative e/o amministrative competenti degli Stati membri chiamate, se del caso, ad adottare misure nazionali di attuazione di un tale atto il compito di definire e prevedere tali garanzie, né confidare integralmente nelle autorità giudiziarie chiamate a controllare la sua concreta applicazione. Esso deve, a meno di non privare di significato le norme di cui all'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, assumersi pienamente la propria parte di responsabilità stabilendo quantomeno i principi che devono presiedere alla definizione, alla fissazione, all'applicazione e al controllo del rispetto di tali garanzie».

<sup>519</sup> *Ibid.*, par. 124.

<sup>520</sup> *Ibid.*, par. 107.

<sup>521</sup> *Ibid.*, par. 109.

necessità, che deve essere valutata in concreto, ossia accertando la presenza di una misura meno invasiva che permetta di raggiungere comunque l’obiettivo<sup>522</sup>. La terza, infine, è strettamente legata alla temporaneità. Partendo dal presupposto che le limitazioni ai diritti fondamentali (in questo caso conservazione di dati personali, in relazione agli artt. 7 ed 8 Carta di Nizza), sono ammesse solo in relazione ad «altri imperativi valori della vita sociale», queste devono restare eccezionali e perdurare per il tempo strettamente necessario<sup>523</sup>, ferma restando l’inviolabilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, ex art. 52, comma 3.

Nel caso di specie, l’art. 6 della Direttiva 2006/24/CE permetteva di conservare i dati di traffico raccolti da 6 mesi a 2 anni. Tale termine è giudicato sproporzionato dall’Avvocato generale che, però, fa due importanti precisazioni. Anzitutto il requisito della temporaneità deve essere rimesso all’apprezzamento del legislatore (in questo caso europeo) sulla scorta di *reports* annuali sulla applicazione della Direttiva (art. 10), meccanismo che impone quindi di procedere a continue revisioni sulla proporzionalità delle previsioni, eventualmente modificandone i contenuti. In secondo luogo, pur concedendo agli Stati che si trovano in «circostanze particolari, nella specie non definite»<sup>524</sup>, la possibilità di prorogare il termine di cui all’art. 6, si deve rendere effettivo l’obbligo di notifica alla Commissione e quello di sottoposizione della proroga alla revisione di quest’ultima, per evitare che essa si trasformi in una pratica meramente dissimulativa, finalizzata a creare discriminazioni arbitrarie o restrizione degli scambi. In caso di avvallo della Corte di Giustizia, questo modello potrebbe essere trasposto nell’ambito di una futura normativa europea in materia di terrorismo.

In riferimento ad eventuali deroghe invasive dei diritti umani (al di fuori dei casi di cui all’art. 15 CEDU ovviamente), l’Unione dimostrerebbe non solo che il controllo europeo è costante, ma anche che esso si basa su argomentazioni rigorose e proporzionate al dato fattuale dello Stato membro interessato, chiamato a giustificare i motivi ed il fondamento della deroga richiesta.

Tutto questo, comunque, in osservanza del meccanismo di garanzia per gli Stati, rappresentato dalla clausola di salvaguardia dell’art. 83, comma 3 TFUE. Esso prevede che nell’ipotesi in cui un progetto di direttiva nei settori indicati dei primi due commi

---

<sup>522</sup> *Ibid.*, par. 143.

<sup>523</sup> *Ibid.*, par. 144.

<sup>524</sup> *Ibid.*, par. 150.

del medesimo articolo incida sui principi fondamentali dell'ordinamento, gli Stati interessati possano "sospendere" la procedura legislativa ordinaria e rinviare la questione al Consiglio europeo. Ancora prima, e come premessa necessaria rispetto alla fase ascensionale di collaborazione, si pone l'onere di motivazione che le leggi penali di derivazione europea dovranno rispettare, secondo quanto previsto dai primi due Protocolli al Trattato dell'Unione (TUE)<sup>525</sup>.

Ad ogni modo, pur in assenza della sentenza della Corte di Giustizia, appare evidente il ruolo ormai decisivo del *test* di proporzionalità a livello europeo, che deve ora fare i conti con l'emersione di nuovi beni giuridici meritevoli di tutela, tra i quali si annovera la stessa scurezza, che entra, dunque, fra i "valori" oggetto di bilanciamento.

### *3. La doppia anima del diritto alla sicurezza e la lotta al terrorismo*

Parte della dottrina penalistica ha affermato che la "sicurezza" non possa essere interpretata né come interesse meritevole di tutela, poiché evanescente ed onnicomprensivo e dunque inidoneo a tipizzare fatti realmente offensivi per i beni giuridici sottesi, né come vero e proprio diritto, neppure strumentale, dato che in tale ipotesi esso si risolverebbe in un concetto «onnivoro, destinato a fagocitarsi qualsiasi spazio occupato da controinteressi»<sup>526</sup>.

Si è inoltre affermato, nel quadro della lotta al terrorismo, che il diritto alla sicurezza, se riconosciuto, correrebbe il rischio di essere utilizzato come uno «strumento politico e concettuale per effettuare (una) operazione di dilatazione della categoria del "nemico"»<sup>527</sup>. Esso, infatti, per la sua natura incontrollabile, sarebbe un bene inidoneo a selezionare comportamenti criminosi ed a fondare deroghe ai diritti fondamentali,

<sup>525</sup> Il riferimento va al Protocollo "sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea" e quello "sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità" (art. 5 TUE). La traduzione e concretizzazione di tali principi nell'ordinamento italiano è intervenuta con la legge-quadro 234/2012. Per un approfondimento si rimanda, fra i contributi più recenti, a C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, pp. 43 ss.

<sup>526</sup> R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, p. 175, in M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, EUM, 2011; ID., *Chiaro e oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, pp. 799 ss.

<sup>527</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 674.



potendo al contrario godere di uno «statuto privilegiato»<sup>528</sup>, se considerato come presupposto per il godimento delle libertà fondamentali.

Allo stesso modo si denuncia il rischio legato alla perdita di precisione delle incriminazioni, l'affievolimento del divieto di analogia, la apertura verso la giustificazione giuridica della tortura, il ritorno a forme di controllo basate sul sospetto ed alla punibilità di comportamenti anticipati rispetto al fatto, ove la proporzionalità assume un ruolo di rafforzamento della lotta al crimine<sup>529</sup>.

Ma oggi questo tipo di approccio non sempre appare adeguato.

Non sembra possibile giungere a ritenere che lo Stato non abbia il potere di agire adottando strumenti straordinari per la tutela della collettività e per la sua conservazione, anche perché «la vigenza del diritto rimane un concetto astratto, finché non si concretizza nella sicurezza dei cittadini»<sup>530</sup>. Ciò non significa certo accogliere il paradigma del diritto penale del nemico<sup>531</sup>, ma porta invece ad adottare e condividere la prospettiva del diritto penale dell'emergenza, quale categoria che rende legittimi gli interventi straordinari dello Stato a tutela della sicurezza dei consociati<sup>532</sup>, non solo a seguito del verificarsi dell'evento, ma anche in ipotesi di pericolo solo imminente.

Non si può, dunque, negare che la teoria dei diritti fondamentali si veda costretta «a fare i conti con l'esigenza di *gerarchizzare i diritti*, e in particolare quelli *individuali* e quelli *collettivi*»<sup>533</sup>.

<sup>528</sup> *Ibidem*. L'Autore precisa che la sua posizione non disconosce certo l'importanza della sicurezza ed afferma che la stessa debba avere un giusto peso nelle valutazioni del legislatore. Avverte, tuttavia, che l'esito finale del riconoscimento della sicurezza come diritto fondamentale sarebbe «lo scardinamento dell'intero sistema di tutela costituzionale dei diritti fondamentali, con una sostanziale inversione del senso della storia del moderno costituzionalismo».

<sup>529</sup> Così W. NAUKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, pp. 79 ss, ed in particolare p. 87. Sulla stessa linea anche C. PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, pp. 105 ss., che afferma che quando la sicurezza viene affiancata alla libertà, la seconda ha già perso. Entrambi in M. DONINI-M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, BUP, 2011.

<sup>530</sup> L'espressione è di A. PAGLIARO, “*Diritto penale del nemico*”: una ricostruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2465

<sup>531</sup> Vedi G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, pp. 5 ss., in M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; ID., *Diritto penale del nemico?*, pp. 109 ss., in A. GAMBERINI-R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007; ID., *I terroristi non hanno diritti*, pp. 3 ss., in E. KOSTORIS-R. ORLANDI, op.cit.

<sup>532</sup> Vedi G. VASSALLI, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, pp. 22 ss, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, ESI, Napoli, 2009. Il riferimento va anche al diritto penale di lotta, cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, pp. 131 ss., in A. GAMBERINI-R. ORLANDI (a cura di), *Diritto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, Bologna, 2007.

<sup>533</sup> Così M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3560.

Nel bilanciamento con le libertà fondamentali, la sicurezza si trova, infatti, sullo stesso piano di queste ultime, atteggiandosi nella prassi quale diritto fondamentale dotato di due diverse anime, che le permettono di risolvere la tensione con le libertà: da un lato vi è la tutela del singolo cittadino rispetto alle azioni autoritative dello Stato e, dall'altro lato, si richiama il diritto di quest'ultimo ad esercitare poteri straordinari di limitazione dei diritti fondamentali<sup>534</sup> al fine di difendere la collettività, anche attraverso la protezione delle infrastrutture nazionali e dei servizi pubblici essenziali<sup>535</sup>.

Una simile ricostruzione, oltre a trovare una possibile base nelle fonti sovranazionali, assume rilevanza anche a livello costituzionale interno. Se è vero che la nostra Costituzione richiama la dimensione della sicurezza individuale quando si preoccupa di arginare i poteri dello Stato, in particolare agli artt. 13, 14, 15, 25, 27, 101, 111 Cost., allo stesso modo prova di non sottovalutare la sicurezza collettiva quando proietta il godimento dei diritti individuali nell'ambito della comunità dei consociati. Ne è conferma la previsione dell'art. 2 Cost. che impone di dare rilievo alla persona intesa sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, previsione che giustifica le limitazioni previste dagli artt. 16, 17, 18, 21 e 41 Cost. in ragione di esigenze di sicurezza, incolumità pubblica, sanità, buon costume. Ad essa si aggiunge anche la previsione dell'art. 117, comma 2, lett. d) che conferisce competenza esclusiva statale in materia di "sicurezza dello Stato" e quella della lett. h), che la estende alla materia "ordine pubblico e sicurezza"<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> Vedi D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 548 ss., che distingue tra sicurezza liberale e sicurezza securitaria, chiamando così in causa l'ipotetico passaggio dalla sicurezza dei diritti al diritto alla sicurezza. Vedi anche A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, pp. 22 ss., in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>535</sup> Vedi W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, pp. 71-72, in M. DONINI-M. PAVARINI, op.cit. L'Autore rileva come lo Stato abbia ormai modificato il suo ruolo, non rappresentando più una minaccia per le libertà dei cittadini, bensì un *partner* negli sforzi per garantire sicurezza, in una società mossa dalla paura. Muovendo da una critica verso tale sviluppo, mette in evidenza come il diritto fondamentale alla sicurezza sia stato utilizzato per giustificare interventi ipertrofici del diritto penale, ingannando circa il suo rapporto con le libertà. Tuttavia, l'argomentazione si sviluppa nel quadro della percezione soggettiva della sicurezza, nei confronti della quale si registrano gli aspetti "negativi" dell'intervento penale. In relazione, infatti, ai limiti entro cui il diritto penale può essere utilizzato per i bisogni di sicurezza, l'Autore richiama i principi di proporzionalità e colpevolezza, così riconoscendo che il diritto penale, a certe condizioni, deve farsi carico della protezione della collettività. Vedi inoltre, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. it. a cura di D. Siciliano, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 70 ss.

<sup>536</sup> Vedi ampiamente P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *le Reg.*, 2002, pp. 494 ss.

Alla luce di tale quadro è possibile affermare che «il tentativo di ricostruire lo statuto costituzionale della sicurezza non può prescindere dall’analisi delle istituzioni e degli apparati appositamente previsti per la sua garanzia e la sua tutela, in tutte le dimensioni accennate»<sup>537</sup>.

Sembra opportuno inoltre ricordare che la Corte Costituzionale, in via pretoria, ha individuato, accanto alla categoria dei principi supremi dell’ordinamento<sup>538</sup>, un nucleo di diritti primari, strumentali al godimento dei diritti della persona, tra cui si annovera anche la sicurezza dello Stato, intesa come «*interesse dello Stato comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza*»<sup>539</sup>.

Tale argomentazione è esattamente in linea con la posizione della Corte di Strasburgo che, in relazione ai pericoli insiti nel fenomeno terroristico, riconosce «la necessità, inerente al sistema della Convenzione, di un corretto bilanciamento tra la difesa delle

---

<sup>537</sup> Così T. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, reperibile on-line: [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0078\\_giupponi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0078_giupponi.pdf), p. 12. In relazione al passaggio da una forma di governo monarchica ad una liberale, l’Autore afferma altresì: «la sicurezza è fin dalle origini fatto di amministrazione e, di conseguenza, fatto di organizzazione amministrativa; dapprima nell’ambito di un assetto accentrato in cui unico interprete delle esigenze della collettività è il sovrano assoluto (che manifesta in questo caso il potere di dettare specifiche norme, di curarne l’attuazione tramite i suoi funzionari e di poter giudicare in ultima istanza sulla loro corretta applicazione); successivamente nell’ambito delle finalità e dei limiti stabiliti dalla legge dell’organo rappresentativo per eccellenza: il Parlamento».

<sup>538</sup> Tali principi riassumono i valori essenziali di uno stato costituzionale di diritto e comprendono la dignità della persona (sentt. nn. 479/1987 e 37/1992), il principio pluralista (sent. n. 62/1992), il principio di laicità (sent. n. 203/1989), il principio di eguaglianza, il principio di sovranità popolare e la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (sent. n. 17/1982).

<sup>539</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 82/1976, e nello stesso senso le sentenze n. 86/1977 e n. 110/1998, reperibili on-line: <http://www.cortecostituzionale.it>. Proprio in relazione alla tutela della sicurezza dello Stato, intesa nel senso indicato dalla Corte, si possono richiamare i reati di cui agli artt. 241 c.p. (Attentati contro l’integrità, l’indipendenza e l’unità dello Stato), 243 c.p. (Intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano) e, anticipando la tutela, art. 244 c.p. (Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra). Attenta dottrina ha inoltre ricordato come alcuni recenti codici penali hanno dato particolare rilevanza alla dimensione della sicurezza collettiva, attraverso “manifestazioni programmatiche” che si inseriscono già negli articoli di apertura. Tra di essi il codice penale russo del 1996 che, all’art. 2, comma 1, individua tra le proprie finalità la difesa «dei diritti e delle libertà dell’uomo e del cittadino» (garanzia individuale) e la difesa «della proprietà, dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica, dell’ambiente, dell’ordinamento costituzionale» e, più in generale, «la tutela della pace e della sicurezza delle persone, nonché la prevenzione dei reati» (garanzia della collettività). Simili finalità sono state inserite anche nell’art. 1 del codice turco. Cfr., anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2216 ss. Più di recente e più ampiamente vedi S. RIONDATO-R. ALAGNA (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries*, Padova University Press, Padova, 2013 e S. RIONDATO-R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia. Criminal law of the Republic of Turkey*, Padova University Press, Padova, 2012.

istituzioni democratiche nell'interesse comune e la salvaguardia dei diritti individuali»<sup>540</sup>.

È proprio questa sua dimensione dualistica, dunque, che permette di trovare un possibile equilibrio tra le istanze securitarie ed il garantismo tipico dei modelli illuministici di matrice ottocentesca<sup>541</sup>. Il limite agli interventi a garanzia della sicurezza nazionale sono le libertà dei singoli ed il limite alle libertà dei singoli non può che essere la sicurezza nazionale, attraverso l'utilizzo dei principi di ragionevolezza e proporzione, ovvero strumenti che, a differenza delle regole, non possono venire derogati<sup>542</sup>.

È doveroso però precisare che affermare l'esistenza di un diritto alla sicurezza contro le aggressioni esterne allo Stato non significa annientare tutti gli altri contro-interessi. Proprio attraverso la logica del bilanciamento si è dimostrato, infatti, che tale diritto ha pur sempre natura relativa ed è pertanto destinato a soccombere di fronte ad altri diritti fondamentali e, nello specifico, alla inviolabilità del loro nucleo essenziale<sup>543</sup>.

Un esempio è la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 gennaio 2006<sup>544</sup> con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del comma III, del §14 della *Luftverkehrsgesetz* che concedeva al Ministro della Difesa di ordinare l'abbattimento di un aereo civile se

<sup>540</sup> Vedi le sentenze *Brogan v. United Kingdom* (par. 48) e *Fox, Campbell e Hartley v. United Kingdom* (par. 28). Vedi, anche per gli opportuni richiami bibliografici, P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, pp. 195 ss., in N. BOSCHIERO (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, ESI, Napoli, 2004; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 298 ss.

<sup>541</sup> Sulla necessità di un impegno costante e depoliticizzato del penalista nel rapporto con le agenzie di sicurezza per fare fronte alle nuove tipologie criminali, quale dimensione del "disincanto penalistico", vedi anche G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, pp. 199 ss., in M. DONINI-M. PAVARINI, op.cit.

<sup>542</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 143 ss.

<sup>543</sup> In tal modo si vuole aggiungere una quarta posizione rispetto alle tre indicate da M. DONINI, *Dritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *St. quest. crim.*, 2007, pp. 80-81. Quest'ultimo, in relazione al diritto penale di lotta ed a proposito degli stati di eccezione, fa riferimento a: 1) I puristi del garantismo che non ammettono una "lotta giuridica", nel senso di un'azione di contrasto con mezzi leciti, che si attaglia al già richiamato *Business as Usual Model*; 2) Gli "equilibrati del chiaroscuro", che sostengono che una necessità politica possa rendere bilanciabili tutti i valori, senza ammettere l'esistenza di un "nucleo invalicabile" intrinseco ai principi, tanto che dal bilanciamento si potrà giungere a qualsiasi conclusione. Una ricostruzione che si inserisce nei *Models of Accomodations*; 3) I "sacerdoti del Leviatano", che ritengono che il diritto sia subordinato alla Ragion di Stato e quindi che la politica sia totalmente libera e fuori dal controllo delle Corti. Modello questo da avvicinare all'*Extra Legal Measures*. La quarta posizione che si propone è un correttivo rispetto alla numero 3, basata sì sul bilanciamento, ma con il pieno riconoscimento di limiti invalicabili, anche in situazioni di emergenza.

<sup>544</sup> Vedi 1 BvR 357/05, reperibile on-line: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>, con un approfondito commento, a cui si rimanda anche per gli opportuni richiami bibliografici, di A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftverkehrsgesetz)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 780 ss.

dirottato da parte di terroristi<sup>545</sup>. Il *Bundestag* decise, infatti, di indicare direttive operative in caso di dirottamento aereo, introducendo nell’ordinamento una fattispecie da collocare nell’ambito della giustificazione, per evitare episodi analoghi a quelli dell’11 settembre<sup>546</sup>.

Il Tribunale costituzionale, pur decidendo secondo la «dogmatica delle situazioni limite»<sup>547</sup> - che in caso di attacchi terroristici diretti al cuore dello Stato e tesi alla negazione stessa dell’ordinamento, mostra di essere disposta a derogare in parte concetti e valori tradizionali - ha concluso per l’incostituzionalità della previsione vista la violazione del combinato disposto degli artt. 1, comma I e 2 comma II *Grundgesetz*, ovvero della intangibilità della dignità umana e del diritto alla vita ed alla integrità fisica.

I giudici non hanno mancato di precisare che lo Stato è tenuto a tutelare i cittadini da attacchi esterni, obbligo di protezione da individuare proprio nell’art. 1 *Grundgesetz*, ma hanno anche dichiarato assolutamente proibito sacrificare civili innocenti, degradandoli a cose e facendogli perdere lo *status* di persone, per la salvezza di altri soggetti.

Così facendo essi hanno dimostrato, da un lato, che il bene vita non può soccombere neppure di fronte ad esigenze di sicurezza nazionale e, dall’altro lato, che le Corti possono vigilare sulla politica-criminale del legislatore (ovvero al macro-livello costituzionale)<sup>548</sup>, affinché i diritti umani possano fungere sempre da limite negativo ai pubblici poteri<sup>549</sup>. Proprio tale tensione mette in luce la difficoltà insita nel bilanciamento tra rilevanti interessi meritevoli di tutela, che pare accentuarsi in relazione alla evanescenza del concetto di sicurezza che si è chiamati a valutare.

---

<sup>545</sup> Sembra opportuno riportare la traduzione del comma I (presupposti) e III del §14, offerta da A. NISCO, op.cit., nota 2. *Misure di intervento militare, autorizzazione dell’ordine*: I. Per impedire il verificarsi di una sciagura particolarmente grave, le forze armate possono, nello spazio aereo, respingere aerei, costringerli ad atterrare, minacciare l’impiego della forza, o sparare colpi in aria; III. L’azione immediata con l’impiego delle armi è ammessa solo quando è da attendersi, secondo le circostanze, che l’aereo sarà impiegato contro la vita di esseri umani, e quando sia l’unico mezzo per opporsi a questo pericolo attuale.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p. 788.

<sup>547</sup> *Ibid.*, p. 789.

<sup>548</sup> Vedi *supra*, cap. I, par. 1.4.

<sup>549</sup> Vedi A. NISCO, op.cit., pp. 794 ss., anche per un’applicazione del principio di diritto enucleato dal *Bundesverfassungsgericht* al problema della tortura.

#### 4. Le “dimensioni” caratterizzanti la sicurezza

Con il termine “sicurezza” si fa pertanto rinvio ad un concetto fluido, difficilmente identificabile se non in relazione alla forma di governo ed al periodo di riferimento, poiché sono le vicende storiche che toccano la vita di uno Stato a conformarne anche le caratteristiche, nonché la gerarchia dei valori irrinunciabili.

Proprio per questo motivo sembra opportuno anzitutto fare una precisazione di ordine concettuale. Per definire la “sicurezza”, non si guarda alla sua dimensione “sentimentale” ovvero ai timori legati alla «società del rischio»<sup>550</sup>, passibili di riversarsi su qualsiasi fenomeno: sui mutamenti climatici, sulle minacce nucleari, sulle catastrofi naturali, sui pericoli legati all’industria, ovvero su tutti quei fenomeni che, anche con l’aiuto dei media, hanno alimentato una «domanda drogata di sicurezza»<sup>551</sup>.

Non si vogliono legittimare, infatti, le distorsioni indotte dalle spinte emozionali della popolazione, che hanno legittimato la prassi di abusare dell’etichetta emergenziale per adottare strumenti straordinari, anche in assenza dei presupposti necessari<sup>552</sup>. A maggior ragione non si intende fondare l’argomentazione sulla c.d. “retorica della sicurezza” che richiama le catastrofiche immagini che sono seguite agli attentati terroristici dell’11 settembre, o di quelli di Londra e Madrid, per tenere alto il livello di paura della popolazione e quello di tolleranza verso misure draconiane di controllo sociale<sup>553</sup>.

Con il termine sicurezza si intende invece fare riferimento ad una concezione oggettiva, strettamente legata alla tutela dei diritti fondamentali o degli interessi primari di

<sup>550</sup> Vedi U. BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, trad. it. a cura di W. Privitera, Carocci, Roma, 2000. Vedi inoltre ID., *The Terrorist Threat: World Risk Society Revisited*, in *19 Theory, Culture & Society*, 2002, pp. 39 ss. Sul punto confronta anche C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, trad. it. a cura di U. Izzo, Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>551</sup> Così L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, 2007, p. 372. In senso contrario F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1003 ss., secondo cui il diffuso senso di insicurezza della popolazione deriva da un aumento quantitativo e da un peggioramento qualitativo della criminalità, non più arginata da contropunte e controlli socioculturali, oltre che penali.

<sup>552</sup> Cfr. A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2007, pp. Mette in luce i pericoli derivanti dal diritto penale utilizzato come difesa dai pericoli W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. Dir.*, 2008, pp. 15 ss. L’Autore, prendendo atto della necessità di affrontare in modo serio un dibattito sulla prevenzione, come funzione del diritto penale orientato alla protezione da pericoli, avverte che la proporzione, elemento centrale di ogni diritto di intervento conforme allo stato di diritto, può venire a messa a dura prova proprio dagli stati emotivi connessi alla gestione del rischio. Vedi anche le considerazioni avanzate in relazione al contrasto alla criminalità organizzata ed all’utilizzo del diritto penale simbolico offerte da S. MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, pp. 117 ss., in A. BEVERE (a cura di), *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, ESI, Napoli, 2007.

<sup>553</sup> O. GROSS-F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crises: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006, pp. 220 ss.

rilevanza costituzionale, anche se preme fin da subito evidenziare la difficoltà nel determinarne i limiti, vista la polivalenza del suo oggetto e la problematicità della sua natura.

Esso, tuttavia, può essere colto nelle sue varie sfaccettature, facendo riferimento alle sue possibili dimensioni<sup>554</sup>, ossia: a) “sicurezza interna” v. “sicurezza esterna”, a seconda che si tratti di aggressioni che provengono da pericoli o minacce esterne oppure da fattori di rischio insiti nella stessa collettività da proteggere; b) “sicurezza individuale” v. “sicurezza collettiva”, a seconda che si tratti di tutelare il singolo da indebite aggressioni nella sua sfera individuale, oppure di individuare i limiti all’agire del singolo per garantire il corretto adempimento delle prestazioni a favore della collettività; c) “sicurezza materiale” v. “sicurezza ideale”, che riprendono le partizioni già individuate in relazione all’ordine pubblico<sup>555</sup>, e possono riguardare la tutela da forme violente di aggressione ai beni giuridici, oppure la protezione dei valori fondanti e dei principi caratterizzanti un dato ordinamento.

Le difficoltà di definizione concettuale che si possono riscontrare in relazione alla “sicurezza”, ricalcano sommariamente le vicende che hanno caratterizzato l’interpretazione dell’ordine pubblico quale bene giuridico, nelle sue dimensioni di canone di politica criminale, criterio dogmatico e criterio ermeneutico. Il punto maggiormente critico, come è stato autorevolmente sostenuto, è rappresentato, «prima ancora che da più o meno gravi difficoltà di “concretizzazione” di per sé comuni ad ogni bene giuridico di consistenza superindividuale, dalla compenetrazione (...) tra oggetto e *ratio* generale della tutela penale»<sup>556</sup>.

<sup>554</sup> Tale partizione si deve a T. GIUPPONI, op.cit. Vedi inoltre, per ulteriori approfondimenti, ID, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l’attività di intelligence*, pp. 57 ss., in S. LORENZON-G. VACCARI-V. ZANETTI, *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, Aracne, Roma, 2008.

<sup>555</sup> Vedi ampiamente G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>556</sup> Vedi G. DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1993, p. 94. L’Autore precisa, infatti, che tale sovrapposizione di piani «rischia in tal modo di annullare la *distanza prospettica* che deve intercorrere necessariamente tra la ragione giustificativa e tendenzialmente unitaria di qualsiasi intervento del legislatore penale e l’oggetto specifico della tutela, affinché questa seconda categoria possa adempiere la duplice funzione di strumento *critico* di accertamento della legittimità della funzione incriminatrice e di strumento *dogmatico* di classificazione ed interpretazione delle fattispecie penali». Stessa posizione assume anche C. FIORE, voce “*Ordine pubblico*”, in *Enc. Dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 320 ss. In relazione alla legislazione di emergenza, l’ordine pubblico cessa di rappresentare un interesse meritevole di tutela per divenire “scopo” interno dell’ordinamento e momento centrale dell’indirizzo politico.

Nelle configurazioni della dottrina, infatti, l'ordine pubblico ha oscillato tra due poli visto che sembrava atteggiarsi in modo diverso da reato a reato, fino addirittura a raggiungere astrazioni tali da comprendere tutto ciò che la norma penale, o più in generale l'ordinamento, è tenuto a tutelare<sup>557</sup>. L'ordine pubblico ideale è stato identificato nella «integrità del sistema normativo vigente»<sup>558</sup>, mentre quello materiale, nozione che sembra prevalere poiché considerata maggiormente “afferrabile”, richiama «il buon assetto o il regolare andamento del vivere civile, a cui corrispondono, nella collettività, l'opinione ed il senso della tranquillità e della sicurezza»<sup>559</sup>.

Non a caso le leggi eccezionali che si sono susseguite negli anni '70 sono state caratterizzate da interventi finalizzati alla salvaguardia della sicurezza pubblica finché, con il d.l. 15 dicembre 1979, convertito nella legge 15/1980, “*Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*”, venne introdotto l'art. 270-bis c.p. che, da un lato, con il riferimento all'eversione dell'ordine democratico ha riportato in auge il concetto di ordine pubblico costituzionale, su cui si erano concentrate le critiche di una parte della dottrina e, dall'altro lato, ha fatto rientrare la finalità terroristica nell'area di tutela dell'ordine pubblico materiale<sup>560</sup>.

Si possono così ravvisare le prime sovrapposizioni tra ordine pubblico e “sicurezza pubblica”, termini che si compenetrano, ma non coincidono, tanto che già risalente dottrina era giunta a concludere che «ordine pubblico costituzionale, sicurezza pubblica, pubblica tranquillità, non sono articolazioni di uno stesso concetto unitario; esse designano entità tra loro distinte, a cui corrispondono esigenze di tutela profondamente

<sup>557</sup> Con tale avvertimento l'Autore si riferisce al reato di apologia. Vedi C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, pp. 279 ss., in particolare p. 282, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985.

<sup>558</sup> Così G. FORNASARI, *Introduzione*, in G. FORNASARI -S. RIONDATO (a cura di), *I reati contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XVII ss.

<sup>559</sup> *Ibid.*, ove non si manca di precisare che la Corte Costituzionale, specialmente nella sent. 168/71, ha rielaborato le due concezioni di ordine pubblico, fornendone una terza di natura “costituzionale”, da identificare nella «preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi». Tuttavia, tale nozione riprende in sostanza quella di ordine pubblico ideale, motivo per cui essa è stata criticata in dottrina per la sua eccessiva astrattezza. Vedi anche, per gli opportuni approfondimenti, M. PELISSERO, *Le nozioni di ordine pubblico*, in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, Giappichelli, Torino, 2010, p. 225. Nella manualistica vedi G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale: parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 474.

<sup>560</sup> Vedi C. FIORE, op.ult.cit., pp. 287-288, che da un punto di vista sistematico, considera il reato comune commesso con finalità di terrorismo un *tertium genus*, collocandolo in una categoria che si pone a metà tra i reati politici del titolo I e quelli contro l'ordine pubblico del titolo V.



differenziate»<sup>561</sup>. Conseguenza fisiologica di tale argomento è l'importanza da riconoscere alla chiara individuazione del bene giuridico protetto dalla fattispecie penale, poiché essa incide sulla tecnica di formulazione della stessa fattispecie, segnando la soglia legittima dell'attività punibile. In tale fase, infatti, il bene giuridico ed il grado dell'offesa diventano elementi inscindibili che, assieme al principio di proporzionalità ed alla “necessità di tutela”, segnano il grado ammissibile dell'intervento penale<sup>562</sup>.

*Segue: il diritto alla sicurezza nel titolo I del codice penale italiano (cenni)*

Il titolo I del nostro codice penale può costituire una dimostrazione del fatto che la sicurezza dello Stato (da potersi intendere come sicurezza collettiva) interna ed esterna non è un concetto nuovo. Esso, infatti, anche se non è nominalmente inserito nella categoria dell'interesse giuridico sotteso alle fattispecie lì codificate, emerge comunque nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nelle elaborazioni della dottrina.

Fattispecie simbolo di tale oggetto di tutela sono quelle poste a protezione del segreto, tra cui si annoverano l'art. 255 c.p. (Soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza nazionale), l'art. 256 c.p. (Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato), e soprattutto l'art. 261 c.p.<sup>563</sup> che, nel punire la rivelazione di segreti di Stato, fa riferimento *per relationem* alle notizie di cui all'art. 256 c.p. Esse hanno un dato comune, ossia fanno tutte riferimento al concetto di sicurezza nazionale che, sebbene non specificato nel dato letterale, viene dedotto in via sistematica dall'ordinamento giuridico.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>562</sup> Vedi F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, pp. 77 ss., ed in relazione alla “necessità della tutela”, come idea regolativa che fonda e giustifica la stessa esistenza del diritto penale D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, pp. 178 ss., entrambi in A.M. STILE (a cura di), op.cit.

<sup>563</sup> L'importanza della tutela del segreto di Stato si evince anche dalla sua disciplina processuale, che segue sorti ben diverse rispetto a quelle collegate all'opposizione del segreto d'ufficio oppure del segreto professionale. In questi ultimi due casi, la disciplina si sviluppa per *relationem* dato che l'art. 201 c.p.p. (segreto d'ufficio) richiama, al secondo comma, quella del comma 2 dell'art. 200 c.p.p. (segreto professionale) in cui si precisa che nel caso in cui il giudice, dopo i dovuti accertamenti, ritenga l'opposizione del segreto infondata, può ordinare al testimone di deporre. Al contrario, l'art. 202 c.p.p. prevede che nel caso in cui venga opposto il segreto di Stato si debba aprire una procedura di interpello del Presidente del Consiglio. Se questo conferma la sussistenza del segreto, il giudice è tenuto a dichiarare il non doversi procedere, non potendo neppure utilizzare, in via indiretta, informazioni coperte da segreto. Per un approfondimento vedi C. Cost., 106/2009, in relazione al caso Abu Omar, in *Foro it.*, 2009, cc. 1657 ss. Vedi per un commento G. SALVI, *La Corte Costituzionale ed il segreto di Stato*, in *Cass. pen.* 2009, pp. 3729 ss.; C. BONZANO, *La Consulta “suggerisce” una tutela oggettiva ed assoluta del segreto di stato nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 301 ss.

Una parte della dottrina, ad esempio, ha precisato che l'art. 255 c.p. prevede un reato posto a tutela dell'interesse dello Stato alla salvaguardia «della integrità materiale dei documenti concernenti la sicurezza (interna ed esterna) dello Stato medesimo od altro interesse politico, interno o internazionale, contro ogni possibile manomissione ed indipendentemente dalla natura delle informazioni in essi contenute»<sup>564</sup>. Alla luce di tale interpretazione, per “sicurezza dello Stato” si deve intendere sia quella interna, che attiene alla salvaguardia delle istituzioni costituzionali della Repubblica, sia quella esterna, che si riferisce invece alla tutela dell'esistenza, dell'integrità territoriale, dell'unità, dell'indipendenza dello Stato<sup>565</sup>, quali interessi fondamentali puntualmente tutelati dagli artt. 49 e 52 della Costituzione<sup>566</sup>. Lo stesso bene giuridico può inoltre essere ravvisato in relazione agli artt. 256 e 261 c.p.

La Corte Costituzionale si è spinta oltre, precisando che un principio di segretezza può resistere di fronte ad altri interessi preminenti deve trovare fondamento in esigenze garantite dalla Costituzione, che possano essere poste in una posizione preminente rispetto a questi ultimi. Non a caso, nel fare salvo il disposto dell'art. 256 c.p., i giudici hanno fatto riferimento ai concetti di difesa della Patria e di sicurezza nazionale, interpretando quest'ultima, nella sua dimensione interna ed esterna, come «*necessità di protezione da ogni azione violenta o non conforme allo spirito democratico*»<sup>567</sup>. È stato inoltre statuito da un lato, che «*la sicurezza dello Stato costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca, come si è ripetuto, la esistenza stessa dello Stato*»<sup>568</sup> e, dall'altro

<sup>564</sup> Vedi G. MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 628; in senso conforme nella manualistica G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale: parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 69.

<sup>565</sup> G. GRASSO, sub art. 255, p. 663, in A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova, 2011.

<sup>566</sup> P. PISA, *Il segreto di Stato: profili penali*, Giuffrè, Milano, 1977, pp.191 ss. L'Autore precisa che nel codice penale in quel momento vigente era possibile enucleare una definizione ristretta di sicurezza dello Stato. Essa non si esaurirebbe nella sicurezza pubblica, intesa anche come tranquillità pubblica e regolare svolgimento della vita dei cittadini, ma sarebbe da identificare nella saldezza delle istituzioni e nella stabilità del regime democratico sancito in Costituzione.

<sup>567</sup> C. Cost., 86/1977, in *Giur. cost.*, 1977, pp. 696 ss. Parte della dottrina ha tuttavia sostenuto che tali fattispecie avrebbero al contrario creato un presidio a favore dell'interesse politico, T. PADOVANI, *Sub. Art. 255*, in ID. (a cura di), *Codice penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2001, pp. 1008; vedi anche ID., *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1982, pp. 1004 ss.; vedi anche A. FORZA, *L'art. 255 c.p.: riscoperta di una norma desueta*, in *Riv. pen.*, 2000, pp. 641 ss.

<sup>568</sup> C. Cost., 86/1977, cit.

lato, che gli interessi di quest’ultimo devono essere intesi come interessi dello «Stato-Comunità»<sup>569</sup>.

Con tale precisazione si riporta l’attenzione sulla protezione mediata del corpo sociale, costituito dal popolo in senso proprio<sup>570</sup> e dai diritti individuali dei singoli cittadini<sup>571</sup>. Simili argomentazioni fanno dunque concludere a favore del riconoscimento, che va al di là del dato codicistico, della presenza di una non celata tutela della sicurezza collettiva, che si proietta nella protezione dello Stato, inteso come sovrastruttura rispetto ai cittadini, da minacce interne, così come da quelle esterne.

La rivelazione del segreto di Stato, ad esempio, pone in pericolo solo in modo mediato la collettività, che non è altro che il soggetto su cui da ultimo potrebbe riversarsi la condotta di coloro che, potendo utilizzare informazioni sensibili, sono in grado di sferrare attacchi micidiali allo Stato.

Tra questi soggetti si possono annoverare, ovviamente, anche i terroristi che, non solo attraverso condotte violente “tradizionali”, ma anche avvalendosi delle nuove tecnologie potrebbero sfruttare informazioni secretate per colpire obiettivi strutturali sensibili, come, ad esempio, *data-bases* dello Stato, contenenti informazioni essenziali per la sicurezza nazionale, sistemi di gestione delle transazioni *on-line*, sistemi di puntamento di missili oppure tecnologie di controllo su fonti pericolose, come quelle delle centrali nucleari<sup>572</sup>.

##### 5. La sicurezza come interesse meritevole di tutela

La suddivisione sistematico-concettuale appena proposta, legata alle diverse dimensioni della sicurezza ed il suo riconoscimento, in via interpretativa, anche da parte del nostro ordinamento, può costituire il punto di partenza per considerare la sicurezza nelle sue accezioni di collettiva, interna ed esterna, materiale ed ideale, come interesse meritevole di tutela penale nella lotta al terrorismo. In tale ambito e *de iure condito*, le ricostruzioni

<sup>569</sup> *Ibidem*.

<sup>570</sup> Vedi G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 50 ss.

<sup>571</sup> Vedi A. PACE, *I “fatti eversivi dell’ordine costituzionale”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1031.

<sup>572</sup> Per un approfondimento vedi R. FLOR, *Perspective for new types of “technological investigation” and protection of fundamental rights in the era of internet. The so-called “cyberterrorism” as a prime example, between problems of definition and the fight against terrorism and cybercrime*, in F. PÉREZ ALVAREZ (ed.), *Delito, pena, politica criminal y tecnologías de la información en las modernas ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, pp. 51 ss.; più approfonditamente vedi U. SIEBER-P. BRUNST, *Cyberterrorism and Other Use of the Internet for Terrorist Purposes – Threat Analysis and Evaluation of International Convention*, Council of Europe Publishing, 2007.

offerte in ordine al bene giuridico tutelato sono ancora oggetto di vivaci discussioni in dottrina.

Il legislatore italiano, preso atto della vocazione transnazionale del fenomeno, nel 2001 ha modificato la lettera dell'art. 270-bis c.p., con l'aggiunta, nella rubrica, dell'aggettivo "internazionale", con l'ampliamento del novero delle condotte penalmente rilevanti, tra le quali ora figura anche il "finanziamento" (oltre alla promozione, costituzione, organizzazione e direzione) e con l'introduzione di un nuovo comma che stabilisce che "la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale". La novella ha però amplificato il problemi di individuazione del bene tutelato, rendendo non più adeguato il richiamo «all'ordinamento costituzionale italiano»<sup>573</sup>.

La dottrina ha dunque avanzato delle ricostruzioni alternative, che identificavano l'interesse sotteso alla fattispecie nel «ordine pubblico mondiale» o nella «sicurezza pubblica mondiale»<sup>574</sup>. Queste soluzioni sono però state criticate, perché tese ad elevare a bene giuridico protetto «lo *status quo* universale e gli attuali rapporti di forza all'interno degli Stati o tra Stati»<sup>575</sup>. La proposta, considerata maggiormente in linea con il principio di offensività, è stata dunque quella di riavvicinare il bene tutelato a quelli direttamente offesi dalla condotta definita terroristica: vita, incolumità fisica, diritto di

<sup>573</sup> M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, p. 236. Vi ravvisa dei profili di tutela dell'ordine pubblico G. DE VERO, *Banda armata e delitti politici di associazione: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 310.

<sup>574</sup> Così E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove forme interne di prevenzione e repressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 157. In senso conforme G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1325; C. PAVARANI, *Sub art. 270 bis*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-E. PAPA, *Trattato di diritto penale*, vol. I, UTET, p. 328; G. FIANDACA-A. TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, pp. 117 ss, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003. Gli Autori sostengono che, alla luce della definizione del bene giuridico, la fattispecie assume i tratti di crimine transnazionale e si candida ad avere rilievo nel diritto penale internazionale, visto che il disvalore di cui è portatrice supera i confini del singolo ordinamento. Tuttavia, così ragionando, se il giudice dovesse accertare l'idoneità in concreto della condotta rispetto al macro-evento "sicurezza pubblica mondiale", si troverebbe di fronte ad una *probatio diabolica*. Secondo altra dottrina il bene dovrebbe essere ancora individuato nell'ordinamento costituzionale dello Stato italiano, del quale fanno parte tanto le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e le organizzazioni internazionali che operano per assicurare la pace tra le Nazioni, quanto i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, vedi G. PALOMBARINI, *Sub art. 270 bis*, p. 825, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova, 2003; F. MORLACCHINI, *Associazioni con finalità di terrorismo: tra tutela dello "Stato costituzionale" e ordine economico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3165.

<sup>575</sup> Così F. VIGANÒ, *La nozione di "terrorismo" ai sensi del diritto penale*, p. 218, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali*, CEDAM, Padova, 2008. Così anche A. VALSECCHI, *Sub art. 270 bis*, p. 2624, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Commentario al codice penale*, Ipsoa, Milano, 2011.

vivere liberi dalla paura<sup>576</sup>, proprietà, libertà di autodeterminazione dei funzionari pubblici, degli Stati e delle organizzazioni internazionali<sup>577</sup>.

Nonostante quest’ultima abbia il pregio di recuperare il rispetto del principio di offensività, essa non convince, poiché non tiene pienamente in considerazione la definizione di “finalità di terrorismo” adottata dalla decisione quadro 2002/475/GAI e tipizzata nell’art. 270-*sexies* c.p.

L’interpretazione del bene giuridico protetto dovrebbe, infatti, dare il giusto rilievo al triplice oggetto del dolo specifico, ed in particolare, da un lato, allo scopo di “intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualche atto” e, dall’altro lato, allo scopo di “destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un’organizzazione internazionale”. Dovrebbe inoltre tenere conto del fatto che tali elementi possono compenetrarsi, ma anche rimanere autonomi l’uno dall’altro. Infatti, un attentato *kamikaze* può cagionare la morte di un gran numero di persone ed il panico generale, anche senza destabilizzare in via immediata lo Stato. La cancellazione dei dati sensibili archiviati nella banca-dati della Nasa o della CIA, al contrario, è condotta idonea a destabilizzare lo Stato, ma non ad intimidire direttamente la popolazione.

Si pensi poi al terzo comma dell’art. 270-*bis* c.p. quando precisa che gli atti di terrorismo possono essere rivolti, in termini anche disgiuntivi, contro uno Stato estero, un’istituzione ed un organismo internazionale, formula ripresa anche dall’art. 270-*sexies* c.p. Le entità menzionate sono profondamente diverse, non solo in relazione alla propria struttura interna, ma anche in termini di rappresentatività. Se l’obiettivo di un attacco terroristico è l’OCSE oppure l’Unesco, il risultato perseguito non è quello di colpire in prima battuta organismi che rappresentano in via diretta o indiretta un certo gruppo di persone, in quanto comunità socio-valoriale, o che sono deputati a fornire a questi ultimi dei servizi essenziali. Il risultato potrebbe essere quello di colpire simbolicamente alcuni valori o interessi di cui sono portatori quegli enti, pur sempre però con una condotta mirata alla lesione o distruzione della struttura presa di mira.

<sup>576</sup> Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948: «*Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people*».

<sup>577</sup> Così F. VIGANÒ, op.ult.cit., p. 219.

Si prenda inoltre in considerazione l'art. 1, par. 1, lett. d) ed h) della decisione quadro 2002/475/GAI che elencano degli atti intenzionali che, se commessi con il fine di terrorismo, per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale. La prima si riferisce a “distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli”; la seconda prende in considerazione la “manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane”.

Allontanando l'offensività della condotta rispetto alla integrità fisica dei cittadini, si vuole porre l'accento sulla sua lesività rispetto all'organismo che a sua volta fornisce protezione e servizi essenziali a questi ultimi. Questo è quello che si evince in modo particolare dalla formulazione di tali previsioni che, pur prendendo in considerazione la distruzione o il danneggiamento di strutture ed infrastrutture quali eventi immediati, mantengono comunque sullo sfondo il bene vita, quale interesse finale.

Alla luce del quadro così delineato, in relazione ai reati con finalità di terrorismo, è possibile fornire una nuova definizione di bene giuridico intermedio tutelato, maggiormente proporzionata rispetto alla offensività della condotta ed ai beni giuridici finali minacciati o lesi<sup>578</sup>, identificandolo nella “sicurezza collettiva”.

Quest'ultima deve però venire declinata secondo due accezioni che riflettono e si fanno portatrici delle acquisizioni che si riscontrano a livello internazionale, nella previsione dell'art. 15 CEDU, a livello europeo in quelle dell'art. 6 della carta di Nizza<sup>579</sup> ed a livello nazionale in quelle derivanti dalla lettura sistematica delle norme costituzionali<sup>580</sup> e di quelle del Titolo I del codice penale.

L'importanza del riconoscimento del diritto alla sicurezza nella Costituzione e nella Carta di Nizza permette di seguire le indicazioni di quella autorevole parte della dottrina che voleva agganciare «la politica dei beni tutelabili penalmente, selezionando

---

<sup>578</sup> Vedi F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, pp. 63 ss., in A.M. STILE (a cura di), op.cit. Il principio di proporzione opera su vari livelli, che riguardano l'*an*, la *species* ed il *quantum* della punibilità. In relazione al primo fattore tale principio impone che il bene giuridico offeso, o messo in pericolo, sia valore pari o comunque proporzionato a quello colpito dalla pena.

<sup>579</sup> Vedi *supra*, par. 2.

<sup>580</sup> Vedi *supra*, par. 3.

l’oggettività giuridica del reato con riguardo ai soli interessi costituzionalmente significativi»<sup>581</sup>. Tale tecnica di tutela penale imporrebbe al bene giuridico di soddisfare il requisito di afferrabilità, inscindibilmente connesso con la tassatività, la materialità del fatto tipico e la sua lesività, che porterebbe ad escludere il legittimo intervento del diritto penale a protezione di semplici bisogni emergenti della società, ancora non cristallizzati e definiti.

Considerando le premesse fin qui formulate, si può avanzare la seguente ricostruzione. Se ammettiamo che la sicurezza dello Stato, inteso come sovrastruttura, è elemento necessario per garantire la sicurezza dei cittadini, sia come singoli, sia nelle formazioni sociali ove svolgono la loro personalità, allora possiamo concludere che la prima è funzionale alla seconda. Si potrebbe allora ammettere che la sicurezza dello Stato, intesa come sicurezza collettiva esterna ed interna, comprende al suo interno anche l’ordine pubblico materiale, ponendosi come un *genus* rispetto ad una *species* maggiormente determinata e di portata più ristretta, poiché legata alla dimensione meramente nazionale.

Così ragionando si potrebbe poi spingersi ad utilizzare il concetto di sicurezza collettiva interna ed esterna secondo due direttive: una sicurezza collettiva ideale, legata alla garanzia di un bene intermedio e strumentale<sup>582</sup> – ovvero l’integrità strutturale dello

---

<sup>581</sup> Vedi F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, p. 1483, in ID., *Scritti di diritto penale*, S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA (a cura di), vol. I, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1997-2000. In relazione alla interpretazione costituzionalmente orientata del bene giuridico vedi più ampiamente ID., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1974, pp. 7 ss. Sulla stessa linea si pone anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 152 ss. Per una ampia argomentazione che tiene conto anche della criticità di tale teoria vedi i riferimenti in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 66 ss.

<sup>582</sup> In relazione ai beni giuridici strumentali o intermedi, intesi come beni autonomi da proteggere perché la loro integrità è strumento o condizione per quella di uno o più beni ulteriori vedi G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 540 ss. Tale posizione è stata definita come un «originale contributo alla difesa del diritto penale moderno» da G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, p. 187, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2009. Sul punto vedi anche F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 453 ss. ed in particolare pp. 472-475. L’Autore sostiene che la categoria degli interessi strumentali si presta alla dilatazione dell’area del penalmente rilevante, e che ricondurre una fattispecie alla tutela di un interesse strumentale non la rende per questo coerente con il principio di *extrema-ratio*. Egli ammette però che interessi collettivi connotati da un alto numero di posizioni individuali coinvolte, possono rappresentare uno strumento concettuale per un’anticipazione di tutela. Tale argomentazione vale a maggior ragione quando l’aggressione sia diretta ad una istituzione, poiché il danneggiamento di quest’ultima pregiudica o mette in pericolo gli interessi che ad essa fanno capo. Vedi anche ID., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 369 ss.

Stato, come anche di una organizzazione internazionale, in una accezione ben più pregnante di quella dell'ordine pubblico ideale – ed una sicurezza collettiva materiale, legata alla garanzia della integrità fisica della collettività<sup>583</sup>.

Se immaginiamo tre cerchi concentrici di raggio progressivamente minore<sup>584</sup> quello esterno sarebbe rappresentato dalla sicurezza collettiva ideale, poiché proiezione dello Stato-sovrastuttura. Il secondo sarebbe occupato dall'ordine pubblico materiale, nella sua sfumata concezione che fa riferimento al buon assetto o regolare andamento del vivere civile o l'opinione o senso di pubblica tranquillità. Il terzo, di raggio minore, è rappresentato dalla sicurezza collettiva materiale, relativa alla integrità fisica dei consociati, quale concezione maggiormente afferrabile di ordine pubblico, poiché depurata dal suo connotato “emotivo”.

In tal modo non si tratterebbe di giustificare tutele anticipate di beni finali (vita, integrità fisica, proprietà, autoderminazione), bensì di fornire tutela diretta, utilizzando le parole della Corte Costituzionale, a beni primari ed intermedia rispetto a quelli finali<sup>585</sup>.

D'altronde l'autonomia concettuale e le relative connessioni tra sicurezza collettiva ed ordine pubblico era già stata avanzata dal progetto Pagliaro di riforma del codice penale del 1992 che, in relazione al titolo V, proponeva la sostituzione della generica ed indecifrabile entità dell'ordine pubblico, «con un'entità, appunto la sicurezza collettiva,

---

<sup>583</sup> In tal modo si potrebbero forse superare le obiezioni sollevate da A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, pp. 43 ss. ed in particolare pp. 50 ss. Si introdurrebbe una concezione di sicurezza collettiva (sia ideale, sia materiale) empiricamente verificabile, poiché slegata dalla tutela di una semplice funzione; non si farebbe rinvio ad un semplice sentimento; i beni tutelati sarebbero di rango costituzionale; si rispetterebbe anche il principio di personalità della responsabilità penale, potendo selezionare condotte realmente pericolose o dannose per lo Stato oppure per la vita dei cittadini. Si supererebbe inoltre l'argomentazione per cui «l'idea della sicurezza tende ad espandersi come definizione giuridica di un bene ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro, e in questo senso orizzonte totalizzante del discorso e del mondo penalistico». Vedi D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 552.

<sup>584</sup> L'immagine dei cerchi concentrici si deve a F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, pp. 1079-1140, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA (a cura di), vol. II, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1997-2000, pp. 2289 ss. Tale teoria è stata ripresa da H. HENKEL, *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion*, *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages* (Düsseldorf, 1957), B. II, T. D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958.

<sup>585</sup> Tale obiettivo si raggiungerebbe, appunto, considerando i reati contro la sicurezza collettiva ideale, dei reati ostacolo rispetto a quelli contro la sicurezza collettiva materiale. In tal modo si avrebbe un aggancio costituzionale, poiché la Corte, come visto nel precedente paragrafo, ha inserito tra i beni primari la sicurezza dello Stato, quale preconditione rispetto al godimento dei diritti fondamentali della collettività.



maggiormente concreta ed in sintonia con la struttura democratica dello Stato, e tale da far emergere l’aspetto della sicurezza fisica della collettività»<sup>586</sup>.

Lo spunto per una ricostruzione basata sull’individuazione di un bene giuridico intermedio nell’ambito dei reati terroristici è stato offerto da alcune acquisizioni nell’ambito del settore del diritto penale dell’informatica, in cui si intersecano sia scelte di politica-criminale nazionale, sia condizionamenti che pervengono dalle fonti sovranazionali e che sono finalizzati ad assicurare risposte penali quanto più armonizzate possibili<sup>587</sup>.

In tale settore non si fatica a considerare la sicurezza informatica come nuovo bene giuridico<sup>588</sup>, che individua un «livello anticipato e preventivo di protezione rispetto al momento della effettiva lesione della integrità» delle informazioni o dei sistemi informatici o della «riservatezza informatica»<sup>589</sup>.

Tale impostazione ha ottenuto avallo anche da parte del *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza del 2008 sulla c.d. *Online Durchsuchung*<sup>590</sup>. I giudici, infatti, mantennero nettamente distinti i due gradi di lesione: il primo, che merita una tutela preventiva ed anticipata, è stato identificato nella “sicurezza informatica”, il secondo, pertinente invece alla sfera individuale della persona di volta in volta interessata, si risolve nella «integrità del sistema e (...) facoltà di accesso legale»<sup>591</sup>.

Il *decisum* fornisce un’altra indicazione che potrebbe dare conferma del nuovo ruolo che la sicurezza sta assumendo anche nel settore dei reati terroristici. Proprio in relazione all’attività di contrasto a questi ultimi, il Tribunale non manca di sottolineare che «la sicurezza dello Stato, come potere di garantire la pace e l’ordine costituzionali, e la sicurezza della popolazione da pericoli per la vita, l’incolumità fisica e la libertà, sono

<sup>586</sup> Pubblicato in *Documenti giustizia*, 1992, pp. 335 ss.

<sup>587</sup> Per comprendere l’importanza del settore per la garanzia della sicurezza nazionale si rimanda alle considerazioni di L. PICOTTI, *Sicurezza informatica e diritto penale*, pp. 220 ss., in M. DONINI-M. PAVARINI, op.cit.

<sup>588</sup> *Ibid.*, pp. 230-235.

<sup>589</sup> L. PICOTTI, *Sistemica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, pp. 70 ss., in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di internet*, CEDAM, Padova, 2004.

<sup>590</sup> BVerfG 370/2007, parzialmente tradotta da R. FLOR, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, pp. 679-694, a cui segue un approfondito commento dello stesso Autore, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona*, loc. cit., pp. 695 ss.

<sup>591</sup> *Ibid.*, pp. 686-687.

*valori di rango costituzionale, che devono essere valutati e considerati nel bilanciamento con altrettanti alti valori e contro-interessi».*

Si riconosce così che l'obbligo positivo di cui si deve fare carico lo Stato è composto da due diverse prestazioni: la prima, richiede un obbligo di attivazione a protezione dei suoi stessi componenti strutturali; la seconda, impone di garantire l'integrità fisica dei consociati. Siffatto orientamento, che identifica la sicurezza come un bene da porre in bilanciamento, si pone quindi in controtendenza rispetto alla posizione di parte della dottrina italiana tale per cui la sicurezza, affermata come diritto, avrebbe come effetto quello di annullare, inglobandoli, tutti gli altri diritti.

La ricostruzione proposta in materia di indagini informatiche, infatti, può essere trasposta nel "sottosistema" penale legato ai reati con finalità terroristica ed utilizzata per sostenere la possibilità di considerare la sicurezza come interesse meritevole di tutela. La sicurezza collettiva ideale si identificherebbe con la sicurezza informatica, e la sicurezza collettiva materiale con l'integrità dei sistemi informatici, cosicché la prima funga da livello di tutela anticipata rispetto alla seconda, che riguarda in modo diretto i beni finali di rilevanza costituzionale quali la vita o l'integrità fisica<sup>592</sup>. L'individuazione di un grado intermedio di tutela rispetto a queste ultime potrebbe quindi giustificare l'arretramento della soglia di punibilità degli atti, senza però dare spazio a reati di pericolo astratto privi di offensività.

---

<sup>592</sup> Si pensi ad un accesso abusivo a sistema informatico, reato di cui all'art. 615-ter c.p. italiano, posto a tutela della "sicurezza informatica". Se l'accesso abusivo desse causa anche al danneggiamento dei dati, verrebbe altresì in luce la seconda dimensione del bene giuridico tutelato, ossia l'integrità del sistema. La offensività progressiva della condotta è infatti stata tradotta dal legislatore nel comma 2, n. 3. Il terzo comma dell'art. 615-ter c.p. prevede inoltre una diversa e più grave cornice edittale se la condotta riguarda "sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico", a ragione del fatto che i sistemi informatici pubblici, collettori di informazioni sensibili, meritano una particolare tutela visti gli effetti negativi che un loro danneggiamento potrebbe provocare.

Se si amplifica la carica offensiva della condotta, supponendo che l'attacco informatico venga effettuato, da parte di un soggetto inserito in una organizzazione terroristica, al fine di destabilizzare lo Stato, nei confronti di un *provider* che contiene informazioni dei servizi di sicurezza, l'interesse leso non sarebbe limitato della semplice sicurezza informatica, ma si sposterebbe su quello della sicurezza collettiva ideale. Il fatto sarebbe da qualificarsi ai sensi dell'art. 270-bis c.p., poiché per la sua natura arreca un grave danno al Paese, così da rendere insufficiente il richiamo all'art. 615-ter c.p., anche se aggravato dalla finalità terroristica. A maggior ragione se l'attacco venisse effettuato al *provider* con una bomba che ne rade al suolo l'edificio dove è collocato. Il fatto, in tal modo, lederebbe in prima battuta la sicurezza collettiva ideale, incidendo solo in un secondo momento sulla sicurezza collettiva materiale, dato che si risolverebbe nella lesione della integrità fisica dei cittadini coinvolti.

*Segue: possibili linee di sviluppo*

In relazione ai reati di stampo terroristico, la proposta di considerare la sicurezza collettiva ideale come bene tutelato in via intermedia rispetto alla sicurezza collettiva materiale, potrebbe trovare una sua giustificazione soprattutto guardando ai possibili sviluppi della legislazione a livello europeo.

In vista di una futura direttiva in materia di terrorismo, gli interpreti sono chiamati a relativizzare le proprie esperienze nazionali, per introdurre paradigmi sovranazionali di uniforme interpretazione<sup>593</sup>. La creazione di un “sistema europeo” di lotta al terrorismo dovrebbe imporre di tenere in debito conto la necessità che i vari Stati convergano verso una definizione comune non solo del fenomeno, ma anche dell’interesse meritevole di tutela.

Se, come è facile immaginare<sup>594</sup>, il legislatore europeo richiederà di introdurre delle fattispecie connotate da anticipazione di tutela, fino a punire atti preparatori, ossia l’arruolamento, l’addestramento e l’istigazione a commettere reati terroristici, egli dovrà fare riferimento in termini quanto più comprensibili, alla luce delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, ad una definizione comune dell’interesse da dover proteggere. Solo individuando in modo chiaro il bene giuridico verso cui è indirizzata l’offesa sarà quindi possibile individuare la soglia di pericolosità da trasporre negli ordinamenti interni<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> M. DONINI, *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 71 ss.

<sup>594</sup> Vedi sul punto anche la risoluzione in materia di terrorismo formulata dalla *Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)* nel XVII Congresso internazionale di diritto penale, tenutosi ad Istanbul dal 20 al 27 settembre 2009. La sezione I, intitolata “*The expanding forms of Preparation and Participation*”, nel suo III *considerandum* richiede che gli Stati non si limitino a garantire la propria sicurezza, ma che tengano altresì in considerazione quella degli altri Stati e della comunità mondiale. Nel VII *considerandum* precisa inoltre che la legittima lotta contro il terrorismo, il crimine organizzato ed altre forme di criminalità particolarmente gravi non può essere utilizzata come pretesto per un’applicazione estensiva di previsioni eccezionali. Nella evoluzione del diritto penale deve essere evitata ogni tipo di tendenza autoritaria, attraverso l’osservanza dei fondamentali principi di legalità, responsabilità individuale, *extrema ratio*, proporzionalità ed assicurando la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. La risoluzione è reperibile on-line, sul sito del gruppo italiano della AIDP: [www.aidpitalia.org](http://www.aidpitalia.org). Tali principi sono stati ribaditi anche nel *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1262 ss.

<sup>595</sup> La Corte di Giustizia già nel 2005, in relazione alla tutela dell’ambiente, aveva riconosciuto un ruolo cardine al bene giuridico nella sua finzione «critica», ossia come indicatore rispetto alle scelte di criminalizzazione ed alla definizione della soglia di offensività richiesta ai fini della punibilità. In particolare esso avrebbe giocato un ruolo fondamentale in relazione al controllo sul rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità, meritevolezza e necessità di pena. Per un commento alla sentenza della Corte di Giustizia, C-176/03, *Commissione v. Consiglio*, con cui è stata annullata la decisione quadro del Consiglio del 27 gennaio 2003, in materia di protezione dell’ambiente vedi G. MANNOZZI-F. CONSULICH,

La stessa Commissione, nella comunicazione COM (2011) 573 relativa alle linee-guida sull'uso del diritto penale per l'attuazione delle politiche dell'Unione, dopo aver richiamato il necessario rispetto dei principi di sussidiarietà, necessità e proporzionalità, ha chiarito che nella definizione delle incriminazioni minime, ex art. 83 TFUE, è imprescindibile il rispetto del principio di precisione. Dal momento, infatti, che il diritto europeo necessita di essere implementato in legge nazionale, il risultato che i Parlamenti nazionali sono chiamati a raggiungere deve essere indicato in modo chiaro<sup>596</sup>.

Il fatto di poter fare riferimento alla sicurezza, nelle due accezioni proposte, potrebbe fornire un concetto "unitario", idoneo a facilitare una armonizzazione spontanea tra le diverse fattispecie incriminatrici di nuovo conio, anche in ordine al regime sanzionatorio<sup>597</sup>.

Il termine sicurezza, peraltro, non è nuovo nel panorama europeo. Esso non viene menzionato nei *consideranda* della decisione quadro 2002/475/GAI ma compare espressamente in quelli della decisione quadro 2008/919/GAI, intervenuta a modificare la precedente. In particolare, nel VI *considerandum* si precisa che "(...) occorre privilegiare i vari aspetti della prevenzione, della preparazione e dell'intervento per migliorare e, se del caso, integrare la capacità degli Stati membri di lottare contro il terrorismo, privilegiando in particolare la selezione e il finanziamento delle forze di sicurezza, l'analisi dei rischi, la protezione delle infrastrutture critiche e la gestione degli interventi in caso di crisi".

Tale formulazione conferma da un lato, l'importanza di garantire anche la sicurezza degli Stati per far fronte alle aspettative dei cittadini e, dall'altro lato, l'indispensabilità degli strumenti penalistici, intesi qui sia con riferimento al piano sostanziale che a quello processuale, considerando i rilevanti interessi in gioco ed i possibili gravi danni che un attacco terroristico potrebbe cagionare, nonché la complessità dei meccanismi di accertamento e di prevenzione dei reati in questo settore.

---

*La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 899 ss. ed in particolare p. 918 ss.

<sup>596</sup> Vedi pp. 7-8 della Comunicazione COM (2011) 573 della Commissione europea, del 20 settembre 2011, *Towards and EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, documento reperibile on-line: [http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act_en.pdf).

<sup>597</sup> L'importanza del ravvicinamento nella formulazione delle fattispecie e del relativo regime sanzionatorio, anche per evitare il *forum shopping* è condivisa da G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, op.cit., p. 375.

Proprio in relazione a forme di criminalità particolarmente gravi, come quella terroristica, risulta oggi imprescindibile un’azione comune improntata alla prevenzione, oltre che alla repressione.

Il Trattato di Lisbona riconosce all’Unione europea nuove competenze sia nel campo del diritto penale, sia in quello della procedura penale, con il fine di rendere più effettiva la tutela dei cittadini, nel pieno rispetto di uno *standard* uniforme di garanzie. Per tale ragione è necessario il ricorso ad una tecnica di formulazione della fattispecie che contenga elementi costitutivi condivisi, tenendo presente che i livelli edittali minimi e massimi non sono ovviamente definiti in misura fissa, bensì con l’indicazione di sole soglie minime, come è già accaduto per le direttive in materia penale adottate recentemente ex art. 83, par. 1 TFUE <sup>598</sup>.

Una tecnica di formulazione della fattispecie che anticipa la soglia di punibilità, deve tenere conto prima di tutto della rilevanza del bene da proteggere. La condotta penalmente rilevante deve poi presentare un certo grado di pregnanza in termini di pericolosità rispetto al bene protetto e, nella definizione degli atti preparatori da far rientrare nell’ambito di rilevanza penale, deve descrivere in modo preciso l’*agere* penalmente rilevante, evitando espressioni generiche<sup>599</sup>. Questi ultimi, inoltre, devono essere strettamente correlati alla commissione del reato principale e devono costituire una minaccia concreta ed imminente per il bene giuridico protetto<sup>600</sup>. È inoltre necessario che l’offensività della condotta si rifletta anche nella *mens rea* dell’agente. In relazione ai delitti con finalità di terrorismo, infatti, il dolo specifico deve essere considerato nel suo significato modale e nella sua componente “fattuale”, non in quella meramente psicologica<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> Vedi, ad esempio, la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, intervenuta a sostituire la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio. Gli artt. 3 (Reati di abuso sessuale), 4 (Reati di sfruttamento sessuale), 5 (Reati di pornografia minorile), 6 (Adescamento di minori per scopi sessuali), indicano una soglia minima in relazione ai massimi edittali, la cui fissazione spetta agli Stati membri. Nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, COM (2012) 363, adottata dalla Commissione europea l’11 luglio 2012, l’art. 8 (soglie per le pene detentive), indica anche la soglia minima relativa ai minimi edittali.

<sup>599</sup> Così la risoluzione in materia di terrorismo della *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), sezione I, *On the expansion of Forms of Preparation*, comma 2, n. 2

<sup>600</sup> *Ibid.*, n. 3.

<sup>601</sup> Vedi M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 14-15. Vedi anche K. ŠUGMAN STUBBS-F. GALLI, *Inchoate Offences: the Sanctioning of an Act Prior to and Irrespective of the Commission of any Arm*, pp. 291 ss., in F. GALLI-A.

Tale sforzo sarebbe funzionale non solo ad accrescere la fiducia tra gli Stati membri ma anche a rispondere all'esigenza di garantire operatività agli strumenti di cooperazione giudiziaria nello spazio dell'Unione, come il mandato d'arresto europeo e gli altri provvedimenti suscettibili d'esecuzione diretta in forza del principio del mutuo riconoscimento<sup>602</sup>. Soprattutto in relazione a crimini transnazionali, infatti, l'armonizzazione della legislazione tra i diversi Paesi è utile per evitare il fenomeno del "forum shopping" e per creare una base comune di norme che facilitino il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie<sup>603</sup>.

Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno già avuto modo di esercitare le competenze riconosciute all'Unione dall'art. 83, comma 1 TFUE, intervenendo ai sensi dell'art. 82, par. 2 del medesimo Trattato, non solo per armonizzare le previsioni di diritto sostanziale, ma anche per facilitare la cooperazione giudiziaria.

La direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale di minori e della pornografia minorile, ad esempio, introduce disposizioni relative anche alla procedibilità<sup>604</sup>, alla giurisdizione<sup>605</sup>, agli strumenti investigativi<sup>606</sup> ed alle misure

---

WEYEMBERGH (eds.), *EU counter-terrorism offences: what impact on national legislation and case-law?*, Universite de Bruxelles Edition, 2012. In relazione al ruolo del dolo specifico vedi L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993, in particolare pp. 501 ss. e 558 ss.; vedi inoltre M. GELARDI, *Il dolo specifico*, CEDAM, Padova, 1996.

<sup>602</sup> Così L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 15; vedi anche C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1155 ss. Si deve tenere in considerazione, infatti, la grande importanza che assume la fase processuale anche in relazione alla corretta interpretazione della fattispecie astratta, soprattutto se si tratta di reato di pericolo, e le ricadute di una sua applicazione difforme da Stato a Stato su principi fondamentali come la presunzione di innocenza ed, in senso ampio, sul diritto di difesa. In tal senso vedi M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, pp. 1415 ss., ed in particolare p. 1424, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), op.cit.

<sup>603</sup> Così la Comunicazione COM (2011) 573 della Commissione europea. L'armonizzazione delle regole di assunzione della prova e dei suoi requisiti di ammissibilità, in relazione a reati di terrorismo internazionale, permetterebbe di accrescere le garanzie a favore dell'imputato in caso di acquisizione di sentenze straniere deputate a provare, ad esempio, la natura terroristica di un'associazione. Sul punto vedi i rilievi di F. VIGANÒ, *La nozione di "terrorismo" ai sensi del diritto penale*, op.cit., pp. 216-217. Opportunamente l'Autore auspica un intervento del legislatore europeo in relazione alla circolazione delle prove utilizzabili nei processi penali dei diversi Stati membri, per creare un complesso di garanzie condiviso. Così come nel nostro ordinamento esiste la previsione dell'art. 238-bis c.p.p., con cui si permette l'acquisizione di sentenze divenute irrevocabili ai fini della prova di un fatto, da valutare alla luce degli artt. 187 e 192 comma 3 c.p.p., un meccanismo simile dovrebbe essere introdotto anche a livello europeo. Così facendo, oltre ad assicurare lo scambio di informazioni utili per le indagini, si potrebbe attingere anche a risultanze processuali idonee a fornire la prova di elementi decisivi, escludendo l'utilizzo di presunzioni e "prove legali", assunti al di fuori delle ordinarie regole processuali.

<sup>604</sup> Vedi il *considerandum* n. 26 e l'art. 15 (Indagini ed azione penale)

<sup>605</sup> Vedi art. 17 (Giurisdizione e coordinamento dell'azione penale).

<sup>606</sup> Vedi il *considerandum* n. 27 che fa espresso riferimento alla "intercettazione di comunicazioni, controlli a distanza anche con uso di strumenti elettronici di sorveglianza, il controllo dei conti bancari o

da poter adottare per impedire l’accesso alle pagine *internet* che contengono o diffondono materiale pedopornografico, oppure per eliminare o bloccare siti *web* aventi il medesimo contenuto<sup>607</sup>. Soprattutto quest’ultima previsione è indicativa della possibile predisposizione, all’interno di una futura direttiva in materia di contrasto al terrorismo, di una sezione specificamente dedicata ai mezzi investigativi utilizzabili, anche se essi sono descritti in termini ancora generici.

In conclusione, il richiamo alla sicurezza collettiva nelle sue due accezioni e nelle sue componenti essenziali, come bene giuridico tutelato da future incriminazioni minime a livello europeo, agevolerebbe la loro trasposizione nei singoli ordinamenti nazionali. Essa inciderebbe anche sulla tecnica di formulazione della fattispecie penale, permettendo di fissare, già a livello sovranazionale, una comune soglia di punibilità, soprattutto in relazione alle forme di anticipazione di tutela.

Una “buona” tecnica legislativa a livello del diritto penale sostanziale avrebbe verosimilmente effetti favorevoli anche sul piano del diritto processuale e su quello della prevenzione al terrorismo, che potrebbe favorire, al contempo, una migliore cooperazione giudiziaria tra gli Stati e ad assicurare, nella fase dell’accertamento dei reati, degli *standard* uniformi di garanzie a favore dell’imputato.

---

altre indagini finanziarie, tenuto conto, tra l’altro, del principio di proporzionalità e del carattere e della gravità dei reati oggetto d’indagine”.

<sup>607</sup> Vedi il *considerandum* n. 47 e l’art. 25 (Misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico). Nel nostro ordinamento non esistono strumenti simili. Nel settore della tutela del diritto d’autore, relativa ad un caso di trasmissione on-line di opere oggetto di diritti di privativa (eventi calcistici e programmi televisivi), si è dunque fatto ricorso al sequestro preventivo. Vedi per un approfondimento, anche in relazione all’art. 25 della citata direttiva, R. FLOR, *Sequestro preventivo di siti web e abusiva trasmissione telematica di programmi televisivi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).





## CONCLUSIONI

Quando ci si confronta con il c.d. “stato di eccezione”, quale concetto-limite o soglia dell’ordinamento, si entra in uno spazio connotato da una forte commistione tra diritto e politica, in cui agli Stati viene permesso di sospendere alcuni diritti e garanzie per il tempo necessario a superare l’emergenza. Tuttavia, tale facoltà non fa venire meno la vigenza delle norme, ma solo la loro applicazione.

Da ciò segue che solo operare in uno stato di eccezione relativo, che imbriglia l’emergenza entro principi e limiti giuridici inderogabili, permette ad uno Stato di restare fedele alla *Rule of Law*. Questa è la conclusione che si può trarre interpretando in modo sistematico le Convenzioni internazionali a protezione dei diritti umani che, anche in situazioni di guerra o pericolo pubblico, impongono di agire nel quadro del diritto, creando un duplice sistema di controllo basato su obblighi di proclamazione e di comunicazione, e sul monitoraggio delle Corti sovranazionali.

Affinché si possa parlare di “fatto emergenziale” è però necessario che questo possieda alcune caratteristiche, che creano i presupposti per un’eventuale deroga alle previsioni nazionali. In particolare, la minaccia deve essere grave, eccezionale, reale ed imminente e la risposta straordinaria, per giustificare ingerenze sproporzionate sui diritti umani o sospensione di alcune garanzie, deve essere necessariamente temporanea.

In relazione a quest’ultimo requisito sembra imprescindibile l’intervento del Parlamento, poiché solo un organismo politico rappresentativo può validamente assumersi la responsabilità della dichiarazione dello stato di emergenza e della sua durata. La disciplina derogatoria dovrebbe inoltre essere munita di una motivazione, che dia conto della sua necessità, della idoneità rispetto allo scopo e dell’impatto sui diritti fondamentali. In tal modo, alle Corti spetterebbe una valutazione sul caso concreto concentrata soprattutto sul principio di proporzionalità. Quest’ultimo, infatti, assume un ruolo importante come canone di politica criminale, ma diventa decisivo nella veste di criterio ermeneutico.

Ciò che rappresenta un “anello debole” nella definizione di una sistematica dell’emergenza, soprattutto in relazione ad un eventuale futuro attacco terroristico è il requisito della “imminenza” della minaccia. L’assenza di linee-guida idonee a definire la portata di tale concetto, introduce delle profonde criticità vista la tendenza, che si sta

sviluppando a livello internazionale, a considerare tale fenomeno come “attacco armato”, ossia come fatto idoneo a giustificare una risposta nel quadro della legittima difesa, di cui all’art. 51 della Carta ONU.

Interpretare il terrorismo come un “super-reato”, caratterizzato da una natura criminale e da una natura bellica, anziché offrire soluzioni, fa infatti aumentare le preoccupazioni per la protezione dei diritti umani. Facendo applicazione dello *jus in bello*, infatti, si assisterebbe alla riduzione dello *standard* di garanzie da accordare a questi ultimi ed al rischio di interpretare la sicurezza nazionale come diritto collettivo prevalente.

Considerando tali premesse, si può concludere che il terrorismo è certamente un fenomeno che crea allarme ma non è un’emergenza in senso proprio, motivo per cui non dovrebbe rappresentare un presupposto idoneo alla creazione di uno “stato di eccezione”. Non a caso, nel contesto europeo, solo il Regno Unito ha ritenuto di dover avvalersi della clausola dell’art. 15 CEDU.

Osservando le risposte alle istanze securitarie legate al fenomeno terroristico date da alcuni Stati, si è notata una forte convergenza verso la prevenzione e l’anticipazione di tutela. La prima, in particolare, ha condotto ad ampliamenti anche sproporzionati dei poteri investigativi, con il rischio di introdurre un controllo costante sull’intera popolazione, la seconda ha invece risentito di alcune carenze legate alla tecnica di tipizzazione. In particolare sono venuti in luce *deficit* di determinatezza, utilizzo di presunzioni in sede probatoria e rischi connessi alla divaricazione tra dolo specifico ed idoneità della condotta. Tali distorsioni però sono state attenuate grazie all’intervento delle Corti Supreme e di legittimità, che hanno dimostrato di avere un ruolo importante nella definizione della norma che l’interprete sarà chiamato ad applicare.

Proprio perché il terrorismo internazionale viene annoverato tra le forme di criminalità particolarmente grave dell’art. 83 TFUE, l’Unione europea è diventata il piano privilegiato per la definizione di strumenti di prevenzione e contrasto a tale fenomeno, che porteranno necessariamente alla armonizzazione non solo delle fattispecie penali ma anche della disciplina dei mezzi investigativi.

Risulta quindi imprescindibile, da un lato, giungere alla definizione del fenomeno e, dall’altro lato, alla individuazione di un interesse meritevole di tutela che possa essere interpretato in modo univoco dai diversi Stati membri.

A tal proposito si potrebbe richiamare la “sicurezza collettiva ideale” – intesa come integrità dello Stato e delle sue infrastrutture – quale bene giuridico intermedio rispetto alla “sicurezza collettiva materiale”, bene finale inteso nel senso di integrità fisica della popolazione.

La sicurezza collettiva nelle sue due accezioni, come bene giuridico tutelato da future incriminazioni minime a livello europeo, agevolerebbe la loro trasposizione nei singoli ordinamenti nazionali ed inciderebbe anche sulla tecnica di formulazione della fattispecie penale, permettendo di fissare, già a livello sovranazionale, una comune soglia di punibilità, soprattutto in relazione alle forme di anticipazione di tutela.

Una “buona” tecnica legislativa, infatti, avrebbe verosimilmente effetti favorevoli anche sul piano del diritto processuale e su quello della prevenzione al terrorismo e potrebbe favorire, al contempo, una migliore cooperazione giudiziaria tra gli Stati, assicurando, nella fase dell’accertamento dei reati, degli *standard* uniformi di garanzie a favore dell’imputato.



## BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN B., *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Yale University Press, London, 2006; versione italiana dal titolo *Prima del prossimo attacco: preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, (trad. it. a cura di A. Quarenghi), Vita e Pensiero, Milano, 2008;

ACKERMAN B., *The Emergency Constitution*, in 113 *The Yale L. J.*, 2004, pp. 1047 ss.;

ACKERMAN B., *This is not a War*, in 113 *Yale L. J.*, 2004, pp. 1871 ss.;

ADALAH, *position paper*: “*The use of Palestinian Civilians as Human Shields by the Israely Army, “Family Unification and Citizenship” e “Discrimination Against Palestinian Citizens of Israel – No Fair Representation on Governamental Bodies”*”, on-line, [www.adalah.org](http://www.adalah.org);

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010;

AL-HAQ, *Perpetual Emergency: a Legal Analysis of Israel's Use of the British Defence (Emergency) Regulations, 1945 in the Occupied Territories*, 1989, Testo reperibile on-line:

<http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/perpetual-emergency-a-legal-analysis-of-israel-s-use-of-the-british-defense-emergency-regulations-1945-in-the-occupied-territories>;

ALLISON M.D., *Hamas Deportation: Israel's Response to Terrorism During the Middle East Peace Process*, in 10 *Am. U.J. Int'l L.*, 1994, pp. 397 ss.;

AMATI E.-CACCAMO V.-COSTI M.-FRONZA E.-VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010;

AMBOS K., *El uso transnacional de prueba obtenida por medio de tortura*, pp. 449 ss., in AMBOS K.-MALARINO E.-ELSNER G. (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Georg-August-Univ.-Göttingen, Inst. de Ciencias Criminales, Department de Derecho Penal Etranjero e Internacional, vol. I, 2010;

ANGIONI F., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, pp. 77 ss., in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985;

ANGIONI F., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, pp. 63 ss., in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985;

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983;

AYOUB R., *The Criminal Procedure Law and the Absent "Security Suspect": More Time to Interrogate and Torture*, in *Adalah Newsletter*, vol. 105, giugno 2013;

AZOULAY A.-OPHIR A., *The One-State Condition: Occupation and Democracy in Israel/Palestine*, Stanford University Press, 2013;

B'TSELEM, *Ghost Town: Israel's Separation Policy and Forced Eviction of Palestinians from the Center of Hebron*, 2007, reperibile on-line:  
[http://www.btselem.org/download/200705\\_hebron\\_eng.pdf](http://www.btselem.org/download/200705_hebron_eng.pdf);

B'TSELEM, *The Interrogation of Palestinian during the Intifada: Ill-Treatment, Moderate Physical Pressure or Torture?*, 1991, on-line:  
[http://www.btselem.org/publications/summaries/199103\\_torture](http://www.btselem.org/publications/summaries/199103_torture);

BARAK A., *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 3385 ss.;

BARAK A., *Unconstitutional Constitutional Amendment*, 2011, reperibile in versione integrale on-line: <http://law.huji.ac.il/upload/44Barak.pdf>;

BARAK A., *A Judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *116 Harv. L. Rev.*, 2002, pp. 19 ss.;

BARAK ERETZ D., *Broadening the Scope of Judicial Review in Israel: Between Activism and Restraint*, in *3 Ind. J. Const. L.*, 2009, pp. 119 ss.;

BARAK-EREZ D.-SCHARIA D., *Freedom of Speech, Support for Terrorism and the Challenge of Global Constitutional Law*, in *2 Harv. Nat'l. Sec. J.*, 2011;

BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, pp. 22 ss., IN ANASTASIA S.-PALMA M. (a cura di), *La bilancia e la misura*, Giuffrè, Milano, 2001;

BARATTA A., prefazione a MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 1997;

BARBERINI R., *"Sovversivi, non terroristi": la Corte di Cassazione offre una rivoluzionaria interpretazione dell'art. 270-bis c.p.*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3347 ss.;

BARBERINI R., *Terrorismo e movimenti di liberazione nazionale: la Convenzione globale contro il terrorismo*, pp. 107 ss., in DE GUTTRY A. (a cura di), *Oltre la reazione. Complessità e limiti nella guerra al terrorismo internazionale*, Pisa, ETS, 2003;

BARTOLI R., *Chiaro e oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2012, pp. 799 ss.;

BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008;

BARTOLI R., *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, p. 170 ss., in MECCARELLI M.-PALCHETTI P.-SOTIS C., *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, EUM, 2011;

BARTOLI R., *Chiaro ed oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2012, pp. 794 ss.;

BARTOLINI G., *Le eliminazioni mirate di appartenenti a gruppi terroristici al vaglio della Corte Suprema di Israele*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007, pp. 632 ss.;

BAR-YAACOV N., *The Applicability of the Laws of War to Judea e Samaria (the West Bank) and the Gaza Strip*, in *24 Isr. L. Rev.*, 1990, pp. 485 ss.;

BASH T.-GINBAR Y.-FELNER E., *Deportation of pelestinians from the occupied territories and the mass deportation of december 1992*, B'Tselem, Jerusalem, 1993;

BECK U., *La società del rischio: verso una seconda modernità*, (trad. it. a cura di W. Privitera), Carocci, Roma, 2000;

BECK U., *The Terrorist Threat: World Risk Society Revisited*, in *19 Theory, Culture & Society*, 2002, pp. 39 ss.;

BENAZZO A., *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004;

BENN A., *When will Israel, like Syria, lift its emergency laws?*, in *Haaretz*, 20 aprile 2011;

BENVENISTI E.-DOWNS G., *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*, in *20 Eur. J. Int'l L.*, 2009, pp. 59 ss.;

BERNARD R., *A Brief history of Israel*, 3rd ed., New York, 2012;

BERNARDI A., *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, pp. 15 ss.;

BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'unione europea: problemi e prospettive*, on-line: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

BLACK C., *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, Macmillan, New York, 1990;

BLUM Y.Z., *The Missing Revisioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, in *3 Isr. L. Rev.*, 1968, pp. 279 ss.;

BONETTI P., *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *le Reg.*, 2002, pp. 494 ss.;

BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006;

BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2216 ss.;

BONZANO C., *La Consulta "suggerisce" una tutela oggettiva ed assoluta del segreto di stato nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 301 ss.;

BRICOLA F., *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1967, pp. 1079-1140, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, CANESTRARI S.-MELCHIONDA A. (a cura di), vol. II, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1997-2000, pp. 2289 ss.;

BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, pp. 1483 ss., in ID., *Scritti di diritto penale*, CANESTRARI S.-MELCHIONDA A. (a cura di), vol. I, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1997-2000;

BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1974, pp. 7 ss.;

BUFACCHI V.-ARRIGO J.M., *Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument*, in *23 J. of Appl. Phil.*, 2006, pp. 203 ss.;

BYMAN D.-SACHS N., *The Rise of Settler Terrorism: the West Bank's Other Violent Extremists*, in *91 Foreign Aff.*, 2012, pp. 73 ss.;

CAIANIELLO M.-CORRADO M.L., *Preventing Danger: New Paradigms in Criminal Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2013;

CAIELLI M., *La protezione costituzionale delle libertà fondamentali in Israele*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2000, pp. 493 ss.;

CAJANI F., *Internet Protocol. Questioni operative in tema di investigazioni penali e riservatezza*, in *Dir. Internet*, 2008, pp. 545 ss.;

CAPUTO A., *L'emergenza sicurezza*, in *Quest. giust.*, 2007, pp. 1098 ss.;

CARACCILO I.-LEANZA U., *Luci ed ombre della conferenza di Kampala sulla revisione dello statuto della Corte penale internazionale*, in *Comun. int.*, 2010, pp. 227 ss.;

CARDONA G., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011;

CARMONA CONTRERAS A.M., *Respuestas del ordenamiento jurídico español frente al terrorismo: "el rayo que no cesa"*, pp. 144 ss., in CAVINO M.-LOSANO M.G.-TRIPODINA C., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009;



CASSESE A., *Expert Opinion on Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law*, on-line: <http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf>;

CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003;

CASTORINA E., *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse di una "democrazia europea"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, p. 307 ss.;

CATALDI G., *Art. 15*, pp. 425-442, in BARTOLE S.-CONFORTI B.-RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001;

CATALDI G., *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, p. 754, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano, 2006;

CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, pp. 1415 ss., in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2009;

CHOWDHURY S.R., *Rule of Law in a State of Emergency*, Pinter, London, 1989, pp. 143 ss.;

CLARK M.L., *Israel's High Court of Justice Ruling on the General Security Service Use of "Moderate Physical Pressure": an End to the Sanctioned Use of Torture?*, in *11 Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2001, pp. 168 ss.;

COCCO G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, pp. 185 ss., in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2009;

CODUTI D., *La «Separation Barrier» al vaglio della Corte Suprema israeliana*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 4835 ss.;

COHEN E., *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories: 1967-1982*, Manchester University Press, 1985;

COLE D., *Enemy Aliens*, pp. 256 ss., in DONINI M.-PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007;

COLE D., *The Priority of Morality: the Emergency Constitution's Blind Spot*, in *113 Yale L. J.*, 2004, pp. 1753 ss.;

COLLICA M.T., *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, pp. 878 ss.

*Complaints: GSS Interrogators Tear Off Beards and Sodomize Detainees*, in *Haaretz*, 8 novembre 2006;

CONCOLINO B., *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2008, pp. 1113 ss.;

CORRADO M.L., *Presumed dangerous: punishment, responsibility, and preventive detention in American jurisprudence*, Carolina Academic Press, Durham, 2013;

CORRADO M.L., *Punishment, Responsibility and Preventive Detention in American Jurisprudence*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, n. 104, 2012;

CORRADO M.L., *Sex Offenders, Unlawful Combatants, and Preventive Detention*, in *N. C. L. Rev.*, 2005, pp. 13 ss.;

CRUZ VILLANON C., *El nuevo derecho de excepción*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1981, pp. 98 ss.;

CRUZ VILLANON C., *La protezione straordinaria dello Stato*, pp. 647 ss., in GARCIA DE ENTERRIA E.-PREDIERI A. (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milano, 1982;

DARCY S., *Israel's Punitive House Demolition Policy: Collective Punishment in Violation of International Law*, 2003, reperibile on-line: <http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/israel-s-punitive-house-demolition-policy>;

DAVIDOV G.-REICHMAN A., *Prolonged Armed Conflict and Diminished Deference to the Military: Lessons from Israel*, in *35 L. & Soc. Inquiry*, 2010, pp. 919 ss.;

DAYANIM B., *The Deportation of Palestinians: the Interaction of Law and Legitimacy*, in *30 Stan. J. Int'l L.*, 1994, pp. 150 ss.;

DAYANIM B., *The Israeli Supreme Court and the Deportation of Palestinians: the Interaction of Law and Legitimacy*, in *30 Stan. J. Int'l L.*, 1994, pp. 143 ss.;

DE GRAZIA L., *Il sistema delle fonti normative nell'ordinamento israeliano*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2009, pp. 414 ss.;

DE SENA P., *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, pp. 195 ss., in BOSCHIERO N. (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, ESI, Napoli, 2004;

DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1971;

DE VERO G., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1993, p. 94 ss.;

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988;

DE VERO G., *Banda armata e delitti politici di associazione: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 310 ss.;

*Defense Minister approves move that allows harsher police action against 'price tag' attacks*, in *Haaretz*, 01 luglio 2013;

DELLA MORTE G., *La conferenza di revisione dello statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 697 ss.;

DERSHOVITZ A.M., *The Torture Warrant: A response to Professor Strauss*, in *NYL Sch. L. Rev.*, 2003, pp. 275 ss.;

DERSHOVITZ A.M., *Torture Without Visibility and Accountability is Worse Than With it*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 2003, pp. 326 ss.;

DERSHOVITZ A.M., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2003;

DERSHOWITZ A.M., *Is it Necessary to Apply "Physical pressure to Terrorists and to Lie about it?"*, in *23 Isr. L. Rev.*, 1989, pp. 192 ss.;

DERSHOWITZ A.M., *Should the Ticking Bomb Terrorist be Tortured?: a Case Study in How Democracy Should Make Tragic Choices*, pp. 189 ss., in DARMER M.K.B.-BAIRD M.R.-ROSENBAUM S.E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post 9/11 World*, Prometheus Books, 2004;

DI BITONTO M.L., *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1180 ss.;

DI COSIMO G., *Costituzione ed emergenza terroristica*, pp. 323 ss., in MECCARELLI M.-PALCHETTI C.-SOTIS C., *Le regole dell'eccezione: un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, EUM, 2011;

DI PAOLO G., *"Tecnologie del controllo" e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, CEDAM, Padova, 2008;

DI PAOLO G., *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2640 ss.;

DI STASIO C., *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010;

DILLMAN J.D.-BAKRI M.A., *Israel's Use of Electric Shock Torture in the Interrogation of Palestinians Detainees*, Jerusalem, 1991;

DINSTEIN Y., *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peace Building*, Occasional Paper Series, Harvard University, 2004, reperibile on-line:

<http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper1.pdf>;

DINSTEIN Y., *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, IV ed, 2005, pp. 184 ss.;

DIZENHAUS D., *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006;

DONINI M., "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1546 ss;

DONINI M., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, pp. 131 ss., in GAMBERINI A.-ORLANDI R. (a cura di), *Diritto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi, Bologna, 2007;

DONINI M., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *St. quest. crim.*, 2007, pp. 78 ss.;

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011;

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 694 ss.;

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 14 ss.;

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004;

DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3560 ss.;

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, pp. 141 ss.;

DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 71 ss.;

DÖRMANN K., *The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"*, in *Int.l Rev. of the Red Cross*, 2003, pp. 45 ss.;

DOTAN Y., *Judicial Rethoric, Government Lawyers and Human Rights: the Case of the Israel High Court of Justice during the Intifada*, in *33 Law and Soc. Rev.*, 1999, pp. 319 ss.;

DOTAN Y., *Legalising the Unlegalisable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001*, pp. 190 ss., in HERTOUGH M.-HALLIDAY S. (a cura di), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2004;

DOTAN Y., *Legalising the Unlegalisable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001*, pp. 204 ss., in HERTOUGH M.-HALLIDAY S. (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspective*, Cambridge University Press, 2004;

DOWTY A., *The use of Emergency Powers in Israel*, in *Middle East Rev.*, 1988, pp. 34 ss.;

DYZENHAUS D., *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, in *27 Car. L. Rev.*, 2006, p. 2018 ss.;

DYZENHAUS D., *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006;

EBOLI V., *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Giuffrè, Milano, 2010;

EDREY Y.M., *The Israeli Constitutional Revolution/Evolution, Models of Constitutions, and Lessons from Mistakes and Achievements*, in *53 Am. J. Comp. L.*, 2005, pp. 84 ss.;

ELMAN P.-KLEIN C.-AKZIN J., *Judicial Review of Statute*, in *Isr. L. Rev.*, 1969, pp. 559 ss.;

FANCHIOTTI V., *Da Hamdan al Military Commission Act 2006: la rivincita dei “nemici del diritto penale”*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 1237 ss.;

FARIA CORACINI C.E., *Targeted Killing of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?*, pp. 387 ss, in MANACORDA S.-NIETO MARTÍN A. (a cura di), *Criminal Law Between War and Peace – Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009;

FARRELL B., *Israeli Demolition of Palestinian Houses as a Punitive Measure: Application of International Law to Regulation 119*, in *28 Brook. J. Int'l L.*, 2003, pp. 871 ss.;

FELLER S.Z., *Not Actual “Necessity” but Possibly “Justification”; Not “Moderate” Pressure, but either “Unlimited” or Not at All*, in *23 Israel L. Rev.*, 1989, pp. 201 ss.;

FEREJOHN J.-PASQUINO P., *The Law of the Exception: a Typology of Emergency Powers*, in *2 Int'l J. Const. L.*, 2004, pp. 221 ss.;

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1998;

- FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 149 ss.;
- FERRAJOLI L., *Principia iuris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, 2007;
- FERRARA G., *L'instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale*, p. 45 ss., in *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra: Atti*, CEDAM, Padova, 2000;
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1735 ss.;
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale: parte speciale*, vol. I, V ed., Zanichelli, Bologna, 2012;
- FIANDACA G.-TESAURO A., *Le disposizioni sostanziali: linee*, pp. 117 ss, in DI CHIARA G. (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003;
- FIGLIO C., *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, pp. 279 ss., in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985;
- FLETCHER G.P., *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War. Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantanamo Bay*, in *J. Int' Crim. Just.*, 2004, pp. 954 ss.;
- FLETCHER G.P., *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, pp. 365 ss, in DONINI M.-PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007;
- FLETCHER G.P., *The Indefinable Concept of Terrorism*, in *J. Int'l Crim. Just.*, 2006, pp. 894 ss.;
- FLOR F., *Data retention e limiti al potere coercitivo dello Stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1952 ss.;
- FLOR R., *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuehung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, pp. 695 ss.;
- FLOR R., *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuehung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2010, pp. 359 ss.;
- FLOR R., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 sulla c.d. Online Durchsuehung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, pp. 679 ss.;

FLOR R., *Lotta alla criminalità informatica e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di Internet*, in *Dir. pen. cont.*, reperibile online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1348049846flor%20corretto.pdf>;

FLOR R., *Perspective for new types of "technological investigation" and protection of fundamental rights in the era of internet. The so-called "cyberterrorism" as a prime example, between problems of definition and the fight against terrorism and cybercrime*, pp. 51 ss, in PÉREZ ALVAREZ F. (ed.), *Delito, pena, politica criminal y tecnologías de la información en las modernas ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012;

FLOR R., *Sequestro preventivo di siti web e abusiva trasmissione telematica di programmi televisivi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

FORNASARI G., *Introduzione*, in FORNASARI G.-RIONDATO S. (a cura di), *I reati contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2013;

FORZA A., *L'art. 255 c.p.: riscoperta di una norma desueta*, in *Riv. pen.*, 2000, pp. 641 ss.;

FRIEDBERG C.-HAZAN R.Y., *Israel's Prolonged war Against Terror: from Executive Domination to Executive-Legislative Dialogue*, in *J. Legisl. Stud.*, 2009, pp. 262 ss.;

*Friedmann preparing bill to restrict High Court's powers*, in *Jerusalem post*, 23 agosto 2007;

FRONZA E., *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti umani fondamentali: riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento"*, in *St. quest. crim.*, 2006, pp. 31 ss. ed in particolare pp. 47 ss.;

FROSINI J.O.-PENNICINO S., *La lotta al terrorismo nella patria dell'habeas corpus*, pp. 66 ss., in CAVINO M.-LOSANO M.G.-TRIPODINA C., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009;

FROSINI T.E., *La Corte di giustizia e il muro in Israele*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 841 ss.;

GAGGIOLI G.-KOMB R., *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights*, in *Isr. Y.B. Hum. Rts*, 2007, pp. 115 ss.;

GAULAN T., *Israel's Interrogation Policies and Practices*, on-line: <http://www.mfa.gov.il>;

GAZZETTA C., *Terrorismo, emergenza e diritti fondamentali nella prospettiva comparata. Il caso Israele*, Quaderni di Nomos, Giuffrè, Milano, 2013;

GELARDI M., *Il dolo specifico*, CEDAM, Padova, 1996;

GILL T.D.-VAN SLIEDREGT E., *Guantanamo Bay: a Reflection on the Legal Status and Rights of "Unlawful Enemy Combatants"*, pp. 1 ss., in HOLE A.M.-VERVAELE J., *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Intersentia, Oxford, 2005;

GINBAR Y.-MONTELL J., *Legitimizing Torture: the Israeli High Court of Justice Rulings in the Bilbeisi, Hamdan and Mubarak Cases*, Annotated Sourcebook, B'Tselem. 1997, on-line:  
[http://www.btselem.org/sites/default/files/legitimizing\\_torture\\_january\\_1997.pdf](http://www.btselem.org/sites/default/files/legitimizing_torture_january_1997.pdf);

GIOIA A., *Lotta al terrorismo, diritto di guerra e diritti dell'uomo*, pp. 191 ss, in GARGIULO P.-VITUCCI M.C. (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, ESI, Napoli, 2009;

GIUPPONI T., *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, reperibile on-line:  
[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0078\\_giupponi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0078_giupponi.pdf);

GIUPPONI T., *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, pp. 57 ss., in LORENZON S.-VACCARI G.-ZANETTI V., *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, Aracne, Roma, 2008;

GONTOVNIK G., *Country Report on Israel*, pp. 388-393, in WALTER C.-VÖNEKY S.-RÖBEN V.-SCHORKOPF F. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Springer, Berlin, 2004;

GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, pp. 43 ss.;

GRASSO G., *La «competenza penale» della Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, pp. 683 ss., in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011;

GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, pp. 359 ss., in DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2009;

GRASSO G., *Sub art. 255*, pp. 663 ss., in CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova, 2011;

GREENE A., *Separating Normalcy from Emergency: the Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Ger. L. J.*, 2011, pp. 1779 ss.;

GREER S., *Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case*, in *11 Hum. Rts. L. Rev.*, 2011, pp. 67 ss.;



GROPPI T., *La Corte Suprema di Israele: la legittimazione della giustizia costituzionale in una democrazia conflittuale*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3543 ss.;

GROPPI T.-OTTOLENGHI E.-RABELLO A.M. (a cura di), *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006;

GROSS E., *Combating Terrorism: Does Self-Defence Include Security Barrier? The Answer depends on Who You Ask*, in *38 Cornell Int'l L.J.*, 2005, pp. 569 ss.;

GROSS E., *Defensive Democracy: Is it possible to Revoke the Citizenship, Deport, or Negate the Civil Rights of a Person instigating Terrorist Actions Against His Own State*, in *72 UMKC L. Rev.*, 2003, pp. 96 ss.;

GROSS E., *Democracy's Struggle Against Terrorism: The Powers of Military Commanders to Decide Upon the Demolition of Houses, the Imposition of Curfews, Blockades, Encirclements and the Declaration of an Area as a Closed Military Area*, in *30 Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 2002, pp. 213 ss.;

GROSS E., *Fighting Terrorism with one Hand Tied Behind the Back: Delineating the Normative Framework for Conducting the Struggle Against Terrorism within a Democratic Paradigm*, in *29 Wis. Int'l L.J.*, 2011, pp. 23 ss.;

GROSS E., *How to Justify an Emergency Regime and Preserve Civil Liberties in Time of Terrorism*, in *5 S.C. J. Int'l L. & Bus.*, 2008, pp. 1 ss.;

GROSS E., *Human Rights in Administrative Proceedings: a Quest for Appropriate Evidentiary Standards*, in *31 Cal. W. Int'l L.J.*, 2001, pp. 215 ss.;

GROSS E., *Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?*, in *18 Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, 2001, p. 721 ss.;

GROSS E., *Legal Aspects of Tackling Terrorism: the Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights*, in *6 UCLA J. Int'l L. & For. Aff.*, 2001, pp. 114 ss.;

GROSS E., *The Laws of War Waged Between Democratic States and Terrorist Organizations: Real or Illusive?*, in *15 Fla. J. Int'l L.*, 2003, pp. 389 ss.;

GROSS E., *The Struggle of a Democracy Against Terrorism - Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest: the Proper Balance*, in *Cornell Int'l L.J.*, 2005, p. 35 ss.;

GROSS E., *The Struggle of Democracy against Terrorism: Lessons from the United States, the United Kingdom and Israel*, University of Virginia Press, 2006;

GROSS E., *Thought is Self-Defence against Terrorism: what does it mean?. The Israeli Perspective*, in *14 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2005, pp. 579 ss.;

GROSS E., *Thwarting Terrorists Acts by Attacking the Perpetrators or their Commanders as an Act of Self-Defence. Is this Legitimate? – Human Rights Versus the State’s Duty to Protect Citizens*, in *15 Temp. Int’l & Comp. L. J.*, 2001, pp. 229 ss.;

GROSS O., “*Once More unto the Breach*”: *The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *23 Yale J. Int’l L.*, 1998, pp. 437 ss.;

GROSS O., *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *112 Yale L. J.*, 2003, pp. 1096 ss.;

GROSS O., *Stability and Flexibility: a Dicey Business*, pp. 90 ss, in RAMRAJ V.-HOR M.-ROACH K. (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, 2005;

GROSS O., *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the “Norm-Exception” Dichotomy*, in *21 Car. L. Rev.*, 2000, pp. 1825 ss.;

GROSS O., *What Emergency Regime?*, in *13 Constellation*, 2006, pp. 74 ss.;

GROSS O.-NÍ AOLÁIN F., *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *23 Hum. Rts. Q.*, 2001, pp. 625 ss.;

GROSS O.-NÍ AOLÁIN F., *Law in Times of Crises: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006;

GROSSMAN C., *A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights*, in *Am. U. Int’l L. Rev.*, 1986, pp. 49 ss.;

GUIORA A., *Targeted Killing as Active Self-Defence*, in *36 Case W. Res. J. Int’l L.*, 2004, pp. 319 ss.;

HAKIMI M., *International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving Beyond the Armed Conflict-Criminal Divide*, in *33 Yale J. Int’l L.*, 2008, pp. 369 ss.;

HAMOKED-B’TSELEM, *Without Trial: Administrative detention of Palestinians by Israel and the Unlawful Combatants Law*, 2009, on-line:  
[http://www.btselem.org/download/200910\\_without\\_trial\\_eng.pdf](http://www.btselem.org/download/200910_without_trial_eng.pdf);

HAQUE A.A., *Killing in the Fog of War*, in *86 Southern Cal. L. Rev.*, 2012, pp. 63 ss.;

HASSEMER W., *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, pp. 71 ss, in DONINI M.-PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, BUP, 2011;

HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, (trad. it. a cura di D. Siciliano), Il Mulino, Bologna, 2012;

- HASSEMER W., *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. Dir.*, 2008, pp. 15 ss.;
- HENKEL H., *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion*, *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages* (Düsseldorf, 1957), B. II, T. D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958;
- HILTERMANN J.R., *Israel's Deportation Policy in the Occupied West Bank and Gaza*, in *Pal. Y.B. Int'l L.*, 1986, pp. 160 ss.;
- HUGHES E., *Entrenched Emergencies and "the War on Terror": Time to Reform the derogation Procedure in international Law?*, in *20 N.Y. Int'l L. Rev.*, 2007, pp. 10 ss.;
- IAF kills Gaza militant in the first strike since Pillar of Defence*, in *Haaretz*, 30 aprile 2013;
- IMSEIS A., "Moderate" Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods, in *19 Berkeley J. Int'l L.*, 2001, pp. 339 ss.;
- INGRAVALLO I., *Il valore processuale delle black lists nella giurisprudenza italiana, con particolare riferimento al caso Nasreddin*, pp. 127 ss., in GARGIULO P.-VITUCCI M.C., *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, ES, Napoli, 2009.;
- INSOLERA G., *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen e proc.*, 2004, pp. 1325 ss.;
- INSOLERA G., *Sicurezza e ordine pubblico*, pp. 199 ss., in DONINI M.-PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, BUP, 2011;
- ISRAEL DEMOCRACY INSTITUTE, *New Comprehensive Counter-terrorism Memorandum Bill*, in <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-17/new-comprehensive-counter-terrorism-memorandum-bill>;
- Israel extends official state of emergency, again*, in *Haaretz*, 23 aprile 2013;
- J.T. PERRY-W.S. WHITE, *Interrogating Suspect Terrorist. Should Torture Be an Option?*, pp. 229 ss, in DARMER M.K.B.-BAIRD M.R.-ROSENBAUM S.E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post 9/11 World*, Prometheus Books, 2004;
- JABAREEN J.T., *Constitution Building and Equality in Deeply Divided Society: the Case of Palestinian-Arab Minority in Israel*, in *26 Wis. Int'l L. Rev.*, 2008, pp. 345 ss.;
- JACOBSON G.L., *After the Revolution*, in *34 Isr. L. Rev.*, 2000, pp. 139 ss.;
- JAKOBS G., *Diritto penale del nemico?*, pp. 109 ss., in GAMBERINI A.-ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007;
- JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, pp. 3 ss., in KOSTORIS E.-ORLANDI R., *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006;

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, pp. 5 ss., in DONINI M.-PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007;

KLEIN C., *A New era in Israel's Constitutional Law*, in *Isr. L. Rev.*, 1971, pp. 376 ss.;

KLEIN C., *On the Three Floors of a Legislative Building: Israel's Legal Arsenal in its Struggle against Terrorism*, in *27 Cardozo L. Rev.*, 2005-2006, pp. 2223 ss.;

KOHN A., *Political Control and Crime: the Use of Defence (Emergency) Regulations during the Military Government*, in *Adalah's Review*, vol. 4, 2004, "In the Name of Security", pp. 23 ss.;

KOSTORIS R.E., *Processo penale, delitto politico e "diritto penale del nemico"*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 7 ss.;

KREBS S., *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, in *45 Vand. J. Trans'l L.*, 2012, pp. 672 ss.;

KREMNIETZ M., *The Landau Commission Report: was the security Service subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?*, in *23 Isr. L. Rev.*, 1989, pp. 216 ss.;

KRETZMER D., *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, in *16 Eu. J. Int'l L.*, 2005, pp. 171 ss.;

KRETZMER D., *The New Basic Laws on Human Rights: a Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?*, in *26 Isr. L. Rev.*, 1992, pp. 239 ss.;

KRETZMER D., *The Occupation of Justice: the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, 2002;

L. WELCHMAN, *A Thousand and One Home: Israel's demolition and sealing of Houses in the Occupied Palestinian Territories*, 1993, on-line:  
<http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/a-thousand-and-one-homes>;

LANCIOTTI A., *Il rispetto del diritto internazionale a Guantanamo: osservazioni a margine della sentenza della Corte Suprema degli stati Uniti nel caso Hamdan v. Rumsfeld*, in *Riv. dir. pubb. it. com. e comp.*, 2006;

LAVENDER N., *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *Eur. Hum. Rts. L. Rev.*, 1997, pp. 380 ss.;

LEVIN B., *Military Tribunals or Civilian prosecution: the Dilemma of Unlawful Enemy Combatants*, in *Global Crime*, 2006, pp. 390 ss.;

LEVY G., *Pity the Poor Interrogator*, in *Haaretz*, 2 gennaio 2014;

LOOF J.P., *Crisis Situations, Counter-Terrorism and Derogations from the European Convention of Human Rights: a Threat Analysis*, pp. 45 ss., in BUYSE A. (eds.), *Margins of Conflict: the ECHR and Transition to and from Armed Conflict*, Intersentia, Antwerpen, 2011;

LOSANO M.G.-TRIPODINA C., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009;

LUPARIA L., *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 717 ss.;

MACHSOMWATCH, *Guilty: Membership and Activity in Unlawful Association. Military Courts*, 2008, on-line: <http://machsomwatch.org/files/Guilty.pdf>;

MAHMOUDI S., *Self-Defence and International Terrorism*, in *Internationell våldsanvändning och folkrätt*, Norstedts Juridik, 2006, pp. 204 ss.;

MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, pp. 147 ss., in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011;

MANDEL M., *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, in *33 Isr. L. Rev.*, 1999, pp. 259 ss.;

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005;

MANN I.-SHATZ O., *The Necessity Procedure: Laws of Torture in Israel and Beyond: 1987-2009*, 2010, reperibile on-line: [http://digitalcommons.law.yale.edu/student\\_papers/113](http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/113);

MANNA A., *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it.dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 1022 ss.;

MANNING B., *The Congress, The Executive and Intermestic Affairs: Three Proposals*, in *Foreign Aff.*, 1977, pp. 306 ss.;

MANNOZZI G.-CONSULICH F., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, pp. 899 ss.;

MANTOVANI F., *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1003 ss.;

MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003;

MARCONI G., *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, p. 628 ss., in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997;

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, Giuffrè, 2001;

MARTIN C., *Taking War seriously: A Model for Constitutional Constraints on the Use of Force in Compliance with International Law*, in 76 *Brook. L. Rev.*, 2011, pp. 601 ss.;

MASARONE V., *Le "condotte con finalità di terrorismo" (art. 270-sexies c.p.): un'emergenza indeterminata*, pp. 137 ss., in MOCCIA S. (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, ESI, Napoli, 2009;

MASARONE V., *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale: tra normativa interna, europea ed internazionale*, ESI, Napoli, 2013;

MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, pp. 67 ss., GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011;

MEDINA B., *Legislating Responses to Security Threats: The Requirement of Legislative Authority to Take Anti-Terrorist Measures*, in FU F.-LIAO T. (a cura di), *Constitutional Interpretation*, *Justitium Jurisprudentiae of Academia Sinica*, Taiwan, 2013;

MEDINA B., *Regulating Anti-Terror Warfare: New Policy*, 2013, pp. 20 ss. On-line: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2259158](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2259158);

MEDINA B., *The Role of the Legislature in Determining Legitimate Responses to Security Threats: The Case of Israel*, in SAPIR G.-BARAK EREZ D.-BARAK A. (a cura di), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Hart Publishing, Oxford, 2013;

MEHOZAY Y., *The Fluid Jurisprudence of Israel's Emergency Powers: Legal Patchwork as a Governing Norm*, in 46 *L. & Soc. Rev.*, 2012, pp.147 ss.;

MERSEL Y., *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: the Israeli Model for the Role of the Judiciary during the Terror Era*, in 38 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2006, pp. 67 ss.;

MIRAGLIA M., *La tutela processuale dei diritti dopo l'11 settembre negli Stati Uniti*, pp. 46 ss., in CAVINO M.-LOSANO M.G.-TRIPODINA C., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009;

MIRAGLIA M., *Paura e libertà: legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti*, in *Quest. Giust.*, 2004, pp. 298 ss.;

MOCCIA S., *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, pp. 117 ss., in BEVERE A. (a cura di), *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, ESI, Napoli, 2007;

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 1997;

MONTELEONE C., *La criminalità organizzata come problema di sicurezza internazionale nella nuova agenda transatlantica*, pp. 72 ss., in FIANDACA G.-VISCONTI C., *Scenari di mafia: orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010;

MORGAN P.J., *Recent Israeli security Measures under the Fourth Geneva Convention*, in *3 Conn. J. Int'l L.*, 1988, pp. 490 ss.;

MORLACCHINI F., *Associazioni con finalità di terrorismo: tra tutela dello "Stato costituzionale" e ordine economico*", in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3165 ss.;

MOROSINI P., *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 687 ss.;

MOROSINI P., *La definizione internazionale di terrorismo*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 1357 ss.;

NAUKE W., *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, pp. 79 ss., in DONINI M.-PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, BUP, 2011;

NAVOT S., *The Constitutional Law of Israel*, Kluwer, 2007;

NAVOT S., *The Supreme Court of Israel and the War Against Terror*, in *9 Eur. Publ. L.*, 2003, pp. 330 ss.;

NESI G., *An Approach to Terrorism*, pp. 97 ss., in ODELLO M.-BERUTO G. (eds.), *Global Violence: Consequences and Responses*, F. Angeli, Milano, 2011;

NESI G., *Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale alla luce del rapporto del relatore speciale dell'ONU*, in *Comun. int.*, 2011, pp. 73 ss.;

NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 298 ss.;

NIETO MARTÍN A., *La tutela dei diritti umani nel diritto penale militare e nelle situazioni di conflitto armato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 301 ss.;

NIGRO F., *La nozione di terrorismo internazionale nella prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, pp. 53 ss., in FOCARELLI C. (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale: attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Morlacchi, Perugia, 2008;

NISCO A., *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftsicherheitsgesetz)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 780 ss.;

OEHMICHEN A.-SAUX S., *La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional*, p. 640 ss., in MANACORDA S.-NIETO MARTÍN A. (eds.), *Criminal Law between War and Peace*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2009;

ORÁ J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992;

ORLANDI R., *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006;

ORŠOLIĆ T., *The Prohibition of Torture and the Ticking Time-Bomb Scenario*, 2010, reperibile on-line: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1573601](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1573601);

OTTO R., *Neighbors as Human Shields? The israeli Defence Forces "Early Warning Procedure" and International Humanitarian Law*, in *86 Int'l Rev. Red Cross*, 2004, pp.771 ss.;

OTTOLENGHI E., *Carl Schmitt and the Jewish Leviathan: The Supreme Court vs. the Sovereign Knesset*, in *6 Isr. Stud.*, 2001, pp. 106 ss.;

PACE A., *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1028 ss.;

PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1982, pp. 1004 ss.;

PADOVANI T., *Sub. Art. 255*, pp. 1008 ss., in ID. (a cura di), *Codice penale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2001;

PAGLIARO A., *"Diritto penale del nemico": una ricostruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss.;

PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, pp. 668 ss.;

PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 453 ss.;

PALAZZO F., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, pp. 369 ss., in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991;

*Palestinians barred from appealing property confiscation in Israeli military court*, in *Haaretz*, 13 gennaio 2014;



PALOMBARINI G., *Sub art. 270 bis*, pp. 820 ss., in CRESPI A.-STELLA F.-ZUCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova, 2003;

PASCULLI L., *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova University Press, 2012;

PAULESU P.P., *Perquisizioni sul posto*, pp. 285 ss., in particolare 295 ss., in KOSTORIS PAVARANI C., *Sub art. 270 bis*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA E., *Trattato di diritto penale*, vol. I, UTET, p. 328;

PECCHIONI G., *Sull'aggressione di uno Stato quale necessario presupposto del crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 1086 ss;

PELISSERO M., *Le nozioni di ordine pubblico*, pp. 225 ss., in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO F.-PALIERO C.E., Giappichelli, Torino, 2010;

PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000;

PERTILE M., *L'adozione di misure contro il terrorismo nei territori occupati: i poteri e gli obblighi delle potenze occupanti*, p. 314, in GARGIULO P.-VITUCCI M.C. (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, ESI, Napoli, 2009;

PHILLIPS M., *Torture for Security: the Systematic Torture and Ill-Treatment of Palestinians by Israel*, Al Haq, 1995, reperibile on-line: <http://www.alhaq.org/publications/publications-index/item/torture-for-security-the-systematic-torture-and-ill-treatment-of-palestinians-in-israel>;

PICCICHÈ F., *Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale: due sentenze a confronto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

PICCICHÈ F., *Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 1002 ss.;

PICOTTI L., *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993;

PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, pp. 216 ss., in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011;

PICOTTI L., *Sicurezza informatica e diritto penale*, pp. 220 ss., in DONINI M.-PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, BUP, 2011;

PICOTTI L., *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, pp. 70 ss., in PICOTTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, CEDAM, Padova, 2004;

PIERDOMINICI L., *L'evoluzione costituzionale israeliana nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pg. 301 ss;

PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988;

PISA P., *Il segreto di Stato: profili penali*, Giuffrè, Milano, 1977;

PISTORELLI L., *Punito anche il solo arruolamento*, in *Guida al dir.*, 2005, pp. 53 ss.;

PIZZETTI F., *Lotta al terrorismo e tutela della privacy*, pp. 9 ss., in CAVINO M.-LOSANO M.G.-TRIPODINA C., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009;

PRITTWITZ C., *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, pp. 105 ss., in DONINI M.-PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, BUP, 2011;

PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, pp. 178 ss., in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985;

PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 548 ss.;

QUIGLEY J., *Israel's Forty-Five Year of Emergency: Are There Time Limits to Derogation from Human Rights Obligations?*, in *15 Mich. J. Int'l L.*, 1994, pp. 494 ss.;

RABIN Y.-GUTFELD A., *Marbury v. Madison and its impact on Israeli Constitutional Law*, in *15 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, 2007, pp. 303 ss.;

RAGUAN G., *Adjudicating Armed Conflict in Domestic Courts: the Experience of Israel's Supreme Court*, in *13 Y.B. Int'l Hum L.*, 2010, pp. 71 ss.;

P. RAMSAY, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, Oxford University Press, 2012;

RATNER S.R., *Self Defence against Terrorists: the Meaning of Armed Attack*, pp., 425 ss., in SCHRIJVER N.-VAN DEN HERIK L. (eds.), *Counter Terror Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*, Cambridge University Press, 2013;

RAZZANO G., *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2010;

REICHMAN A., *Judicial Independence in Times of War: Prolonged Armed Conflict and Judicial Review on Military Action in Israel*, in *Utah L. Rev.*, 2011, pp. 77 ss.;

REICHMAN A., *The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception and the Role of the Scholar*, in *95 Calif. L. Rev.*, 2007, pp. 1619 ss.;

REITANO S., *Riflessioni a margine delle nuove fattispecie di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 256 ss.;

*Report of the Commission of Inquiry in the Matters of Investigations Methods of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity*, in *23 Isr. L. Rev.*, 1989;

RESTA F., *Ancora su terrorismo e stato della crisi*, in VIOLANTE L.-GALIANI T.-MERLI A., *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle Democrazie Costituzionali*, Università di Camerino, 2013;

REYNOLDS J., *“Intent to Regularise”: the Israeli Supreme Court and the Normalisation of the Emergency*, in *Adalah’s Newsletter*, vol. 104, Maggio 2013, pp. 4 ss.;

*Rights Groups: Shin Bet Torturing Jailed Palestinians*, in *Haaretz*, 6 maggio 2007;

RIONDATO S., *Diritto penale militare*, CEDAM, Padova, 1998;

RIONDATO S.-ALAGNA R. (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia. Criminal law of the Republic of Turkey*, Padova University Press, Padova, 2012;

RIONDATO S.-ALAGNA R. (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries*, Padova University Press, Padova, 2013;

ROMANO S., *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl e pubbl. amministr. in Italia*, 1909, ora in ID., *Scritti minori*, Giuffrè, pp. 364 ss.;

RONEN Y., *Applicability of Basic Law: Human Dignity and Freedom in the West Bank*, in *46 Isr. L. Rev.*, 2013, pp. 135 ss.;

ROSENFELD M., *Judicial Balancing in Time of Stress*, pp. 166 ss., in GROPPI T. (a cura di), *Democrazia e Terrorismo*, ESI, Napoli, 2006;

ROSENZWEIG I.-SHANI Y., *Israeli Supreme Court Decision: A Suspect Charged with Security Offenses Must Be Allowed To Attend Judicial Detention Hearings [CHR 8823/07]*, in *Terrorism and Democracy*, 2010;

ROSI E., *Terrorismo internazionale: le nuove forme interne di prevenzione e repressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 150 ss.;

RUBINSTEIN A., *Israel's Partial Constitution: The Basic Laws*, 2009, testo reperibile online: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/isdf/text/Rubinstein.html>;

RUBINSTEIN A., *The Curious Case of Jewish Democracy*, in *33 Azure*, 2010;

SABAN I., *National Security and Minority Rights*, testo dell'intervento nell'Italy-Israel Workshop, 4 novembre 2009, "*The Role of Courts in Democratic Societies*", non pubblicato;

SACCUCCI A., *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali*, pp. 365 ss., in KOSTORIS E.-ORLANDI R., *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006;

SALAS L., *Primi appunti sul "Patriot Act" statunitense*, in *Leg. Pen.*, 2004, pp. 473 ss.; SALVI G., *La Corte Costituzionale ed il segreto di Stato*, in *Cass. pen.* 2009, pp. 3729 ss.;

SANTOLI S., *U.S.A: Eppure (r)esistono. Habeas corpus, due process of law, checks and balances. In margine alle sentenze della Corte Suprema del 28/6/2004*, reperibile su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);

SASSÒLI M., *Terrorism and War*, in *4 J. Int'l Crim. Just.*, 2006, pp. 959 ss.;

SCAGLIONE A., *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 316 ss.;

SCHMITT C., *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari, 1975;

SCHMITT C., *Le categorie del politico*, (trad. it. a cura di G. Miglio-P. Schiera), Il Mulino, Bologna, 1972;

SCHMITT C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, pp. 35 ss., in ID., *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, trad. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 2001;

SCHWAB G., *Carl Schmitt: la sfida dell'eccezione*, Bari, Laterza, 1986.;

SCHWENK E.H., *Legislative Power of the Military Occupant under Article 43. Hague Regulations*, in *54 Yale L. J.*, 1945, pp. 393 ss.;

SCOBIE I., *Smoke, Mirrors and Killer Whales: the International Court's Opinion on the Israeli Barrier Wall*, in *9 Ger. L. J.*, 2004, pp. 1107 ss.;

SEEGAL Z., *The Israeli Constitutional Revolution: the Canadian Impact in the Midst of a Formative Period*, in *Forum Constitutionnel*, 1997, pp. 53 ss.;

SEGEV J., *Who needs a Constitution? In Defence of the non-Decision Making-Constitution Tactic in Israel*, in 70 *Alb. L. Rev.*, 2007, pp. 451 ss.;

SHAH S., *From Westminster to Strasbourg*, in *Hum. Rts. L. Rev.*, 2009, pp. 473 ss.;

SHAMGAR M., *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage*, pp. 43 ss., in SHAMGAR M. (a cura di), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980*, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 1982;

SHAMGAR M., *On the Need for a Constitution*, pp. 76-77, in COHEN-ALMAGOR R. (eds.), *Israeli Institutions at the Crossroad*, Routledge, London, 2005;

SHAMIR R., *"Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, in 24 *Law & Soc. Rev.*, 1990, pp. 781 ss.;

SHAMIR R., *"Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: the Case of Israel's High Court of Justice*, in 24 *Law and Soc. Rev.*, 1990, pp. 781 ss.;

SHAMIR R., *"Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, in 24 *L & Soc. Rev.*, 1990, pp. 781 ss.;

SHANI Y.-ROSENZWEIG I., *The Amendment of the Criminal Procedure Law: Encouraging the Use of Inappropriate Interrogation Methods*, in *Haaretz*, 22 luglio 2012;

SHANY Y., *National Courts and International Actors*, 2009, reperibile on-line: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

SHAPIRA A., *Israel: a History*, Brandeis University Press, 2012;

SHAPIRA A., *Why Israel has no Constitution, but Should, and Likely Will, Have One*, in 37 *St. Louis U. L.J.*, 1992-1993, pp. 285 ss.;

SHAUER F., *Exceptions*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1991, pp. 50 ss.;

SICURELLA R., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, pp. 2569 ss., in BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011;

SICURELLA R., *«Prove tecniche» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'unione europea in materia penale*, pp. 3 ss., in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011;

SIEBER U., *Blurring the Categories of Criminal Law and the Law of War: Efforts and Effects in the Pursuit of Internal and External Security*, pp. 35 ss., in MANACORDA S.-NIETO MARTÍN A. (eds.), *Criminal Law Between War and Peace – Justice and*

*Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009;

SIEBER U.-BRUNST P., *Cyberterrorism and Other Use of the Internet for Terrorist Purposes – Threat Analysis and Evaluation of International Convention*, Council of Europe Publishing, 2007.;

SOSSAI M., *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012;

SOTIS C., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, pp. 109 ss., in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011;

SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1155 ss.;

SPATARO A., *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose, religiose e tute la dei diritti umani*, p. 226, in SEMINARA S.-DE MAGLIE C. (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007.;

STAHN C., *Terrorist Acts as "Armed Attack": The Right to Self-Defense, Article 51(1/2) of the UN Charter and International Terrorism*, in *Fletcher Forum World Aff.*, 2003, pp. 48 ss.;

STEYN J., *Guantánamo Bay: The legal black hole*, in *53 Int. & Comp. L. Q.*, 2004, pp. 1 ss.;

ŠUGMAN STUBBS K.-GALLI F., *Inchoate Offences: the Sanctioning of an Act Prior to and Irrespective of the Commission of any Arm*, pp. 291 ss., in GALLI F.-WEYEMBERGH A. (eds.), *EU counter-terrorism offences: what impact on national legislation and case-law?*, Universite de Bruxelles Edition, 2012;

SUNSTEIN C.R., *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010 (trad. it. a cura di U. Izzo);

SUNSTEIN C.R., *Il diritto della paura: oltre il principio di precauzione*, (trad. it. a cura di U. Izzo), Il Mulino, Bologna, 2010;

TELESE G., *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, pp. 83 ss., in ROLLA G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Giuffrè, Milano, 2000;

TONIATTI R., *L'ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi in Spagna*, pp. 229 ss., in DE VERGOTTINI G. (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi per la difesa nazionale*, CeMiSS, 1991;

TRIBE L.H.-GUDRIDGE P.O., *The Anti-Emergency Constitution*, in *113 Yale L. J.*, 2004, pp. 1801 ss.;

TUSHNET M.V., *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in *2003 Wis. L. Rev.*, 2003, pp. 273 ss.;

UNITED NATIONS, OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS-INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (eds.), *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nation, New York, 2003;

VALENTINI V., *Le garanzie liberali ed il protagonismo delle vittime: uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Jus17@unibo.it*, 2011;

VALSECCHI A., *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270-sexies c.p. (prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation Front*, 2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

VALSECCHI A., *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 1127 ss.;

VALSECCHI A., *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*, in *Cass. pen.*, pp. 903 ss.;

VALSECCHI A., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1097 ss.;

VALSECCHI A., *Sulla definizione di terrorismo "in tempo di guerra"*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

VALSECCHI A., *Sub art. 270 bis*, pp. 2620 ss., in DOLCINI E.-MARINUCCI G. (a cura di), *Commentario al codice penale*, Ipsoa, Milano, 2011;

VASSALLI G., *Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo*, pp. 47 ss., in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, ESI, Napoli, 2002;

VASSALLI G., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, pp. 22 ss., in MOCCIA S. (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, ESI, Napoli, 2009;

VERMEULE A., *Self-defeating Proposals: Ackerman on Emergency Powers*, in *75 Fordham L. Rev.*, 2006, pp. 631 ss.;

VERVAELE J., *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter armas silent leges?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 739 ss.;

VERVAELE J., *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, pp. 280 ss., in SEMINARA S.-DE MAGLIE C. (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007;

VIANO E., *Balancing Liberties and Security Fighting Cybercrime: Challenges for the Networked Society*, pp. 33 ss., in MANACORDA S., FLOR R., DIJANE J. (coord.), *Cybercriminality: Finding a Balance between Freedom and Security*, ISPAC, 2012;

VIGANÒ F., *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalista: il diritto penale sostanziale*, pp. 125 ss. in DE MAGLIE C.-SEMINARA S., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, CEDAM, Padova, 2007;

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2645 ss.;

VIGANÒ F., *La nozione di "terrorismo" ai sensi del diritto penale*, pp. 215 ss., in SALERNO F. (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali*, CEDAM, Padova, 2008;

VIGANÒ F., *Oltre l'art. 416-bis: qualche riflessione sulla associazione con finalità di terrorismo*, in FIANDACA G.-VISCANTI C. (a cura di), *Scenari di mafia: orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010;

VIGANÒ F., *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, in *Revista Jurídica*, 2012, pp. 42 ss.;

VIGANÒ F., *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3962 ss.;

VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, pp. 648 ss.;

WALSH D.P.J., *The Impact of the Antisubversive Laws on Police Powers and Practices in Ireland: The Silent Erosion of Individual Freedom*, in *62 Temp. L. Rev.*, 1989, pp. 1099 ss.;

WALZEL M., *Just and Unjust Wars*, Basic Books, New York, 2006;

WERLE G., *Diritto dei crimini internazionali*, Bononia University Press, 2009;