

Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postbattimentale*

di Massimo Donini

1. Definizioni e strategie: nemici, criminali, Stato di diritto

Il terrorista, come l'immigrato, come l'esponente irriducibile della criminalità organizzata, è un prototipo di quello che può essere o diventare un *diritto penale del nemico*¹.

* Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di luglio 2016. È il testo rielaborato dell'intervento svolto a Pisa al seminario organizzato da Magistratura Democratica e dalla *Rivista Questione Giustizia*, dal titolo *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, nei giorni 11-12 marzo 2016. Lo studio è destinato anche, con alcuni adattamenti, agli *Scritti in onore di Sergio Moccia*.

1 *La nozione di diritto penale del nemico qui utilizzata* – quale forma degenerativa, radicale e illegittima (incostituzionale) di diritto penale “di lotta” (concetto più “generale” relativo a ipotesi legislative, anche europee, di per sé legittime sul piano politico, o a prassi ermeneutiche di lotta di dubbia legittimazione: cfr. M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione crim.*, n. 2/2007, 55 ss., 74 ss.) – è più ampiamente esposta in M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, 2006, spec. 735 ss., 741 ss.; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, Id., *Diritto penale di lotta*, cit., 55 ss., 74 ss., 80 ss.; cit. 55 ss., 74 ss., 80 ss.; v. parimenti G. Vassalli, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, Esi, Napoli, 2009, 13 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, 666 ss., spec. 675 s. e, con ulteriori distinguo, R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 13 ss., 25 ss.: l'A. peraltro adotta un lessico differente da quello di tutta la letteratura italiana, in quanto ritiene che ci sia una parte del diritto orientato al contrasto contro fenomeni criminali che, per quanto “del nemico”,

Rispetto al significato generico che questa espressione poteva assumere nel contrattualismo del Settecento², o nell'Ottocento³, quando il criminale *in quanto tale* era visto come un nemico della società; oppure rispetto all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, quando si discuteva del delitto politico e dei suoi caratteri già allora evidenti di possibile prevalenza antiumanistica della ragion di Stato su quelle di garanzia dello Stato di diritto⁴, oggi la categoria del diritto penale del nemico, che ha conosciuto un

sia legittimabile, legittimo come diritto di eccezione (*ivi*, 177 ss.). Non lo chiama di lotta, lo etichetta “del nemico”, ma in fondo vuol significare la stessa cosa. Peraltro il diritto penale di lotta è concetto assolutamente legislativo, presente lessicalmente in numerosissime leggi italiane e di Paesi europei, così come presente nei documenti e nei Trattati dell'Ue; e quello del nemico è usato dalla prevalente letteratura internazionale nel significato “delegittimante” qui accolto (v. *infra* nel testo). Per un diverso impiego del termine “nemico”, e diritto penale del nemico, secondo le leggi di guerra, v. T. Padovani, *Diritto penale del nemico* (Anno accademico 2007/2008), Pisa Univ. Press, 2014, 15 ss., 309 ss. Peraltro, la locuzione del diritto penale del nemico è poi di fatto adattata all'uso corrente “alla moda” (per usare l'espressione di Padovani) nel corso della trattazione con il ricomprendervi il commento dei principali delitti contro la personalità dello Stato, compresi quelli di terrorismo (spec. 275 ss.), in modo così conforme all'uso della categoria nella letteratura più recente (come del resto ben presente a Padovani: *ivi*, 7 ss.).

2 M. Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, orig. francese, Seuil/Gallimard, 2013, Feltrinelli, Milano, 2016, 56 ss., e qui l'apparizione del criminale come nemico sociale dopo la Rivoluzione francese. Già per Beccaria chi turba la tranquillità pubblica e disobbedisce alle leggi “dev'essere bandito” dalla società (*Dei delitti e delle pene*, § XXIV), ma l'idea è ben presente anche in Rousseau dove il ribelle e traditore della patria deve morire non come cittadino, ma come nemico (*Il contratto sociale*, lib. II, cap. V) e prima ancora in Hobbes, per il quale chi viene bandito dallo Stato non è più un suo membro ma un suo nemico legittimo (*Leviatano*, cap. XXVIII). Ulteriori e anche raccapriccianti espressioni di un diritto penale dell'esclusione per chi rompe il patto sociale si possono leggere in Fichte o in Kant (per puntuali citazioni cfr. G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* (HRRS), 2004, 88 ss., consultabile on-line al sito www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6, anche in trad. it. col titolo *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, Giuffrè, 2007, 6 ss.

3 Cfr. i ricchissimi volumi raccolti da P. Costa per i Quaderni fiorentini: *I diritti dei nemici*, tomo I e II, *Quaderni fiorentini* n. 38/2009, e qui, in ogni caso, P. Marchetti, *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, *ivi*, tomo II, 1009 ss., 1020 ss.

4 L. Ferrajoli, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in Aa.Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, Sapere 2000, Roma, 1984, 49 ss.

dibattito internazionale notevole negli ultimi lustri⁵, la possiamo intendere in *tre possibili e principali significati assai più specifici, e non escludentisi*:

- a) perché sembra possibile disciplinare (i fatti commessi o realizzabili da) quelle tipologie di autori solo mediante un diritto dell'esclusione o della neutralizzazione, in quanto non si pongono come destinatari dei precetti penali in funzione dialogica: non recepiscono il precetto, delinquono per convinzione, o costituiscono tipi d'autore con i quali la società non intende e non potrebbe dialogare. Quindi non si applicano a tali tipi d'autore (espressi nei fini che perseguono) strumenti dialogici di prevenzione generale positiva, né strumenti di "reinserimento" sociale o rieducazione, per impossibilità o difformità rispetto allo scopo: rimane la sola neutralizzazione. Le misure che a essi si confanno, dunque, sono *ai limiti e oltre i limiti di tutti i principi costituzionali*: no tendenza rieducativa, no temporaneità di pene e misure, no controlli giurisdizionali (o controlli ritardati ed eventuali, dimezzati, incerti), rifiuto di considerare l'umanità del diverso-nemico, essendo una macchina per il male, puramente da sconfiggere, no terzietà della giurisdizione quando essa interviene, essendo il giudicante impegnato nella lotta radicale "in atto" contro il fenomeno e i suoi esponenti;
- b) perché nei loro confronti se non si intendono adottare strumenti di guerra, non riconoscendone lo *status* di belligeranti legittimi, ad un tempo li si tratta *come* nemici-criminali; la «criminalizzazione del nemico»⁶ implica che le

5 Cfr. in prospettiva internazionale *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, cit.; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coordin.), vol. I e II, Edisofer S.L., Euros Editores, B de F Ltda, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006; e il n. 1/2009 della *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

6 Evento di portata radicalmente nuova rispetto alla concezione classica del nemico. Questa importante caratterizzazione è ben scolpita nell'opera più matura e forse più bella di C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), Duncker & Humblot, Berlin, 1974, tr. it. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 1991, 131 ss., 335 ss. Schmitt non dice affatto che il "nemico" non sia una persona, come scrive oggi Jakobs (nelle opere sul "diritto penale del nemico" citate alla nota seguente). Non l'ha mai scritto neppure per la guerra in senso stretto, accusando invece i sostenitori dell'idea della "guerra giusta" di giungere a simili aberranti discriminazioni fra i nemici. Egli professa un concetto per così dire agonistico (non però sportivo) del nemico: il nemico non è persona ingiusta, immorale, e tanto meno un criminale. Il nemico è semplicemente colui che si combatte per ragioni riguardanti la

ragioni della sua condotta non vengono considerate dalla politica, che è una politica di pura risposta punitiva: il problema sono loro, la risposta è perciò *contro* i singoli che delinquono. Il fenomeno può rimanere sullo sfondo come questione forse risolvibile, forse non ancora risolvibile, ma in ogni caso l'unica vera risposta è quella penale. Però escludente, in quanto con i nemici si può trattare, ma con i criminali-nemici no: rigore sanzionatorio sproporzionato (per es. terzo *strike*, pena di morte, sanzioni indeterminate, regime penitenziario duro), oppure tortura, segregazioni di fatto, trasformazione della pena in misura di sicurezza, o anche esclusioni dal contesto sociale (come le politiche di espulsione quale scopo primario della stessa minaccia della pena). Sotto il profilo processuale, si chiede al giudice di farsi carico delle tesi dell'accusa: chi le contrasta si schiera dall'altra parte. Vietato il garantismo, che vale solo per i cittadini che riconoscono il sistema e appare altrimenti come solidarietà col nemico, va così perduta la terzietà della giurisdizione. Proliferano dunque le sanzioni orientate alla pericolosità, dalle misure di sicurezza a quelle di prevenzione a quelle para-penali, ma formal-

cosa pubblica: per es. la lotta fra partiti dentro allo Stato, e la lotta fra Stati in campo internazionale. Nella visione di *Schmitt* anche la guerra rimane uno strumento per la soluzione di controversie internazionali, parimenti sottratta a paradigmi di legalità rispetto al sindacato dei motivi riguardanti l'*an* del suo instaurarsi: esattamente per non "criminalizzare" la guerra, per non farne un uso discriminatorio, costringendoci a vedere sempre se la guerra è giusta (per es. per legittima difesa) oppure no (per es. crimine internazionale come guerra d'aggressione) e così pure evitando concezioni penalistiche dell'avversario-nemico, fino a etichettarlo come l'autore di un delitto. Sennonché, un rapporto di autonomia radicale viene così instaurato fra politica e diritto, sottraendo il "politico" (quello che decide lo stato di eccezione: Id., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität* (1922, 1934), tr. it., *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972, 33) al sindacato giurisdizionale. Chi decide lo stato di eccezione, ovvero la guerra e con ciò anche l'avversario politico, è sottratto a regole giuridiche in questa scelta: la politica è giuridicamente libera e nessuna Costituzione, vale a dire nessun giudice costituzionale, potrà permettersi di metterle il bavaglio. Una sorta di "spazio libero dal diritto", dunque, tanto per gli stati di eccezione quanto per la guerra e per la lotta politica: proprio perché sono fuori-legge le condizioni che definiscono la lotta politica o la guerra, nessuno avrà "diritto" di dichiarare che l'avversario-nemico è *hors la loi* e tanto meno *hors l'humanité* (Id., *Der Begriff des politischen* (1932), tr. it., *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit., 109 s., 165). Viceversa, secondo *Schmitt*, quando la lotta politica, la guerra e lo stato di eccezione sono costruiti in termini di legalità o di moralità (partito etico, guerra giusta, legge di emergenza), gli avversari verranno criminalizzati, anziché riconoscere che sono semplicemente, ovvero politicamente, dei "nemici", che magari possono anche avere ragione.

mente amministrative, le *black lists* prive (a lungo) di veri controlli giurisdizionali, i moderni *lager*, ben oltre i centri d'identificazione ed espulsione, cioè Guantánamo et *similia*, con subappalto fuori territorio dopo qualche volo segreto o qualche estradizione;

- c) perché prevale il diritto penale d'autore rispetto al diritto penale del fatto e l'attività giurisdizionale assume verso di loro le funzioni di una macchina da guerra o di contrasto. Non può per definizione essere terza se è dalla parte di uno Stato che formalmente non è in guerra ma di fatto lo è: dunque o prevalgono soluzioni *occulte* di fuga dalla giurisdizione, oppure, quando la risposta è giudiziaria, la reale funzione è di escludere un diritto penale della colpevolezza o della inclusione o della rieducazione. La giurisdizione dunque non può *dialogare* con questi soggetti, neppure a pena espiata, neppure se hanno già svolto programmi di mediazione penale e di giustizia riparativa. Come non riesce neppure oggi a dialogare bene, a pena espiata, con i terroristi "interni", quelli ormai sconfitti degli anni Settanta.

Contro questo scenario, ben noto, e dal penalista tedesco Günther Jakobs descritto da molti anni come orizzonte normativo del presente, purtroppo anche al fine di legittimare la *giuridicità* del trattamento neutralizzante di "non persone", senza distinguere tra diritto vigente e diritto valido⁷, la quasi totalità dei penalisti è insorta per ripudiar-

7 In traduzione italiana G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., 6 ss.; Id., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di E. Kostoris e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2006, 3 ss.; Id., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 109 ss.; in lingua spagnola e tedesca v. pure Id., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, 26 ss.; Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, cit., 88 ss.; la cui traduzione italiana, con altro titolo, è il primo lavoro citato in questa nota; Id., *An den Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht*, in A. Parmas, P. Pruks, (Hrsg.), *Nullum ius sine scientia. Fest. J. Sootak*, Juura, Talinn, 2008, 131 ss. (cit. dal dattiloscritto della conferenza svolta a Freiburg im Br.); Id., *Diez años después: el derecho penal del enemigo*, in *Cuad. Pol. Crim.*, n. 105/2011, 5 ss. Jakobs ha sempre sostenuto di descrivere giuridicamente il fenomeno non per approvarlo. Che egli tuttavia ne legittimi la giuridicità, e ciò attraverso un'evidente svalorizzazione della dimensione costituzionale del diritto, ho cercato di spiegarlo negli scritti cit. a nota 1.

lo come inesistente in quanto diritto, oppure come illegittimo, o come non diritto⁸. A fronte di esso, dunque, esiste la risposta *politically correct* dello Stato di diritto⁹:

- a) nessuna legge eccezionale (ma è vero? ed è possibile?), nessuna deroga ai principi costituzionali (ma è vero?), nessuna trasformazione del processo penale in quello di un tribunale militare di guerra, nessun cedimento rispetto alle garanzie processuali di tutti (ma è vero e possibile?), nessun uso del processo per scopi di mera neutralizzazione (finché non esplodono bombe sotto casa nostra), conservazione di una lotta contro autori irriducibili attraverso gli strumenti del diritto penale del fatto (ma è vero?), apertura della pena a tutte le sue tradizionali funzioni (ma ci crediamo?);
- b) una risposta fondamentale giurisdizionale al fenomeno, vale a dire piena e permanente sua criminalizzazione, con mancato riconoscimento dell'esistenza di "Stati" islamici belligeranti e risposta individualizzante-criminalistica verso gli agenti del terrore. Nessuna guerra, nessun provvedimento che prenda atto del "fenomeno politico" retrostante, con misure o atti giuridici di tipo dialogico, o implicante un qualche "riconoscimento": il criminale è lui il problema, mentre il problema dal quale nasce la sua criminalità non entra nel momento giurisdizionale che è solo individualizzato. E nel frattempo continuiamo a essere tra i maggiori esportatori di armi da guerra nel mondo, con specifico riferimento anche ai Paesi arabi e africani dove è più acuta la guerra armata al terrorismo;
- f) la trasformazione di ogni tipo di "lotta" in contrasto giurisdizionale, e dunque, peraltro, in lotta giudiziaria: ciò che comporta una *soutraesposizione della ma-*

8 Oltre alla maggior parte dei contributi internazionali contenuti nelle opere collettanee citate *retro*, a nota 5, v. i numeri monografici di *Questione Giustizia*, n. 4/2006; *Studi sulla Questione criminale*, n. 1/2006 e n. 2/2007, nonché *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, cit.; *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 107 ss., 149 ss., 161 ss.; nonché *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, Esi, Napoli, 2009. Noi abbiamo sempre seguito l'unica impostazione corretta sul piano fenomenologico, che è quella di riconoscere il fenomeno, di dichiararne la illegittimità, e di distinguerlo da fenomeni affini, in predicato di diventare forme di diritto del nemico, come il diritto penale di lotta.

9 Da ultimo, esemplarmente, L. Ferrajoli, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in questo e-book. E in precedenza Id., *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, n. 4/2006, 797 ss.

gistratura, anche se non è certo essa un obiettivo specifico del terrore, a differenza che negli anni '70, quando si trovò in prima linea rispetto al terrorismo interno, e anche quando le manifestazioni, le radici, le culture, le geografie, le economie e le politiche del fenomeno sono chiaramente internazionali e sovranazionali.

2. Sed contra... Tre premesse di politica del diritto e di sincerità nelle risposte

La separazione lineare delle risposte appena tracciate s'incrocia con argomenti e vicende che riguardano la durezza dei fatti i quali infrangono le schematizzazioni e le dicotomie, comprese quelle che, per non rischiare che si arrivi al diritto penale del nemico, neppure ammettono che esista un *diritto penale di lotta*¹⁰, così lasciando al giurista di occuparsi con sicurezza e buona coscienza solo di furti in stato di bisogno, omicidi passionali, diffamazioni, usurpazioni di titoli e onori, reati della "gente per bene" etc.: fenomeni contro i quali non ha senso che lo Stato usi il diritto penale in funzione di vero contrasto, come invece fa tutta la politica criminale contemporanea ... a cominciare da quella europea, che ha codificato addirittura nei *Trattati dell'Unione* la funzione di "lotta" del diritto e di quello penale¹¹.

1. Una premessa di senso comune, rispondente al più classico dei principi di sussidiarietà è che i *macrofenomeni*, ancor più se internazionali, non vengono "risolti"

10 Su tale categoria, ampiamente, M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a neutralizzare*, cit., 55 ss., 74 ss., 80 ss.; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., 19 ss., 43 ss. Per una riflessione sul diritto penale del nemico in relazione a quello di lotta (oltre a Jakobs che li accomuna semplicisticamente e strumentalmente), v. anche W. Hassemer, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Esi, Napoli, 2000, 83 ss., 99 ss.

11 Ricordo, come già in altre occasioni, che in Europa l'idea che il diritto, e anche il diritto penale, persegua funzioni e *compiti di "lotta"* contro fenomeni sociali e criminali, è così radicata da essere entrata in numerose disposizioni dei *Trattati europei*, e non solo nelle motivazioni o intitolazioni di numerosissime leggi, sì da rischiare di orientare anche l'ermeneutica *giurisdizionale* delle leggi in una direzione di coinvolgimento e non terzietà del giudice, affinché stia dalla parte dello Stato belligerante, e non del diritto costituzionalmente conforme. Gli spazi per un'ermeneutica legittimamente pluralistica rendono problematica tutta la materia.

con risposte giurisdizionali punitive, tanto più se queste sono nazionali. Direi che i macrofenomeni in generale (per es. economici, sociali) non sono risolvibili mediante la giurisdizione, anche se ogni condotta oggi, anche degli Stati, è sottoposta alla giurisdizione. Una risposta giurisdizionalmente conforme non significa pertanto che la soluzione sia giurisdizionale. Sarà essa (solo) un contributo alla soluzione. Premessa tanto ovvia quanto illuminante. Di fronte alla tentazione di nuovi e illusori protagonismi giudiziari, possiamo dire ai *crusading judges* che non si tratta neppure di una risposta chirurgica, che taglia dal corpo sociale le parti infette, perché non sa e non è interessata a sapere come nasca e si sviluppi l'infezione. Il terrorismo internazionale contemporaneo non può essere ridotto a "una" questione criminale, perché chi lo dice o lo pensa maschera col lato "garantista" della soluzione l'esistenza di una guerra feroce in corso, in altri territori ("non ci sentiamo in guerra" perché la lasciamo fare agli altri), e non fa i conti con la presenza di un retroterra culturale islamico che ripudia il terrorismo, ma non lo Stato islamico come concetto politico o ideale (l'Islam che non accetta un silenzio connivente col terrore, ma vuole che giurisdizione si eserciti in nome di Allah, deve essere maggiormente coinvolto e conosciuto)¹². Una cosa è il versante interno del terrorismo, dunque, e una cosa quello internazionale.

2. Se gli attentati di Parigi del 2015, o quelli di Bruxelles 2016, si fossero verificati a Roma, il clima, politico, ermeneutico, giudiziario etc. sarebbe differente. Non so se avremmo chiesto anche noi, come la Francia, di sospendere le garanzie della Cedu, ma di diritto o di fatto, il clima di garantismo giurisdizionale che complessivamente respiriamo oggi, non ci sarebbe. La stampa e l'opinione pubblica chiederebbero ai giudici da che parte stanno, e loro forse non sempre saprebbero rispondere, secondo il "modello Barak": stiamo dalla parte del diritto e comunque delle garanzie costituzionali¹³.

12 Di notevole impatto descrittivo, nel mostrare il retroterra "culturale", e non meramente criminale, di Daesh, nelle popolazioni e nelle menti, S. Atran, *Rivoluzione e Stato islamico*, in *Internazionale*, 1 aprile 2016, 86-99. Cfr. pure il propagandistico *The Isis Paper. A Masterplan for consolidating power*, pubblicato in *the Guardian* il 7 dicembre 2015.

13 Un esempio illuminante di una condotta di questo tipo nello scritto del giudice supremo israeliano A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, e in numerosi altri contributi, oltre che nell'esempio concreto della presidenza della Corte Suprema di Israele e della lotta al terrorismo in Israele; v. sul punto F. Stella, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 938 ss. e la *lectio magistralis* dello stesso Barak, *I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, nel volume *I diritti fondamentali della per-*

Quest'osservazione è banale, ma vuole far comprendere che la situazione nella quale si svolge il nostro dibattito non è "ideale"; è semplicemente "astratta" da una realtà concreta come quella che esiste in molte parti dell'Europa, dell'Asia o dell'Africa dove il terrorismo è *diversamente* all'opera. Non sostengo che le condizioni più *vere* per la risposta siano quelle dove il fenomeno è attuale nelle sue manifestazioni tipiche del terrore. Però dobbiamo figurarci di attualizzare quello che diciamo anche per un clima assai più fosco e drammatico, perché esso mantenga un senso di aderenza alla verità del fenomeno.

3. *I tipi d'autore responsabili, ma "immotivabili dal diritto"*, rispetto ai quali non è possibile una prevenzione generale o speciale positiva, né è possibile il dialogo, *esistono veramente*. Qui la stessa pena applicata – l'unica pena vera sul piano giuridico, essendo quella minacciata una pena non giurisdizionale, ma ancora politica¹⁴ – può solo svolgere una funzione di contrasto e neutralizzazione. Queste fenomenologie soggettive interessano parti del pianeta criminologico del terrorismo e della criminalità organizzata, oltre alla classe di soggetti le cui condizioni individuali siano segnate da specifiche patologie criminali. Sono a volte le espressioni pure del male che il diritto penale continua ad annoverare al suo interno così vario e differenziato¹⁵. O sono tipologie di delitti politici ben diverse dal passato. Un tempo il delitto politico esprimeva anche una forma di delinquenza "per convinzione" che si riteneva meritevole di benevoli trattamenti penali¹⁶. Oggi il terrorismo di matrice islamica (e non solo) certo non

sona alla prova dell'emergenza, a cura di S. Moccia, cit., 37 ss. Il volume raccoglie gli atti del Convegno Silvia Sandano svoltosi a Roma il 6 dicembre 2007 in onore di Aharon Barak.

14 *Amplius* sul punto M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss., spec. 1171 ss., 1191.

15 Per una più ampia descrizione, rinviamo al nostro *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vigliotti, Giappichelli, Torino, 2008, 217 ss.

16 Cfr. l'interessante esempio della Repubblica di Weimar e prima ancora dello Stato prussiano in K. Bellinkrodt, *La "Festungshaft" – teoria e prassi del "carcere d'onore" per il delitto politico nella Repubblica di Weimar*, in Aa.Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, cit., 83 ss. La figura del delinquente per convinzione (*Überzeugungstäter*), come noto, ispirò il progetto di legge (tale rimasto) redatto da Gustav Radbruch nel 1922, dove quella figura trovava esplicita disciplina mediante una detenzione (*Einschließung*) più onorevole del carcere normale (*Gefängnis*). Sul tutto v. J. C. Gödan,

ispira il riconoscimento di nessuna attenuante dovuta a motivi di particolare valore morale o sociale. Il suo attentare ai diritti fondamentali dell'uomo, il suo colpire cieca-mente vittime innocenti e su larga scala, rende impossibile il riconoscimento culturale dell'interlocutore, o un qualsiasi mutuo *feedback* cognitivo¹⁷, e rende anzi possibile il suo inquadramento tra i crimini contro l'umanità del diritto penale internazionale.

3. Il gioco dei ruoli e la giurisdizione-ostacolo. Chi “paga il biglietto”, tra campioni e *free riders* della sicurezza

Riassumiamo che cosa è successo dopo l'11 settembre 2001.

È diffusa la convinzione che *l'Europa* abbia adottato una risposta giurisdizionale prevalente, mentre *gli Usa* abbiano visto nella giurisdizione un ostacolo¹⁸. Però Stati Uniti e Europa hanno svolto ruoli che, se diversi, sono stati convergenti¹⁹. E la matrice politica degli interventi, in ogni caso diversa, tuttavia in entrambi i casi non è stata certo *liberal*²⁰.

Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, e qui, 241 ss., le obiezioni della prevalente penalistica all'idea di una differenziata e più mite tipologia sanzionatoria per il delinquente per convinzione politica, religiosa etc.

17 Sotto questo profilo – ma penso solo sotto questo profilo – l'analisi di Jakobs è davvero pertinente, e anche imbarazzante.

18 Fra gli altri, F. Viganò, *Terrorismo islamico e art. 270bis cp.*, in Aa.Vv., *Terrorismo e legislazione penale*, in www.csm.it (Incontro di formazione del 14 aprile 2005); E. Resta, *Ancora su terrorismo e stato di crisi*, in *Indice pen.*, 2011, 505 ss.; con forse maggiori differenziazioni di ruoli convergenti, M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *I diritti dei nemici*, *Quaderni fiorentini* n. 38/2009, tomo II, 1699 ss. (§§ 2-4).

19 Su tale convergenza politica di fondo v. quanto detto già in M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, cit.; Id., *Le statut de terroriste: entre l'ennemi et le criminel. Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 1/2009, 31 ss.

20 Così da ultimo F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Wolter Kluwer, Cedam, Padova, 2016, 110 ss.

Negli Stati Uniti l'azione effettiva dello Stato non è stata affidata principalmente al diritto penale²¹, ma a misure di polizia, intercettazioni di massa, a norme di eccezione solo in parte sostanzialmente penali (in quanto privative o limitative della libertà o di altri beni fondamentali), ma formalmente amministrative, ad azioni di guerra, ai servizi segreti e all'esercito. Sono questi i meccanismi tipici che hanno portato a *Guantanamo* e altri simili luoghi segreti di detenzione, alle cd. *extraordinary renditions*, ai voli segreti della Cia, etc.²².

In questa logica il terrorista è un nemico, prima di essere un criminale, e come tale, prima di venire punito, deve essere innanzitutto neutralizzato. Il sospetto terrorista, parimenti, deve essere neutralizzato secondo una logica di guerra, anche al prezzo di fare alcune "vittime" innocenti, ma al fine di salvare il bene comune. Essendo inopportuno, per tali azioni, il ricorso principale allo strumento penalistico – che non può mettere deliberatamente in conto le vittime innocenti, che contrastano con il suo fine di giustizia –, si è evitato finché possibile il ricorso alla giurisdizione (a parte quella

21 Non principalmente, benché le norme penali o processuali penali siano numerose, limitative di diritti fondamentali, e spesso abbiano avuto un effetto trainante come 'modello' per le nostre discussioni e in parte legislazioni. Che la "guerra" americana sia avvenuta anche attraverso il diritto e il diritto penale, è dunque innegabile e perciò si è parlato giustamente – da parte di Giuliano Vassalli – di un diritto penale del nemico di matrice americana. Diritto penale del nemico in senso stretto nel significato assunto *retro* al § 1, e non traslato. Alla relazione di G. Vassalli, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, all'omonimo Convegno di Roma, 6 dicembre 2007, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, cit., 13 ss., faccio doveroso rinvio. V. pure sulla legislazione statunitense R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 67 ss.; J. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova, Cedam, 2007, 237 ss.; L. Salas, *Diritto penale, diritto politico e "diritto penale del nemico"*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, 304 ss.; V. Fanchiotti, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2006, 699 ss.; e gli scritti di Fanchiotti, Miraglia e Magliaro nel numero monografico di *Questione Giustizia*, 2-3/2004, dedicato a *La libertà delle persone*, spec. la parte II, pp. 281-330.

22 Sul fenomeno delle *extraordinary renditions*, e della complicità dei governi europei, v. per tutti C. Fava, *Quei bravi ragazzi*, Sperling & Kupfer, Milano, 2007, e la documentazione presentata al Parlamento Europeo, ivi citata. Sul caso esemplare di Abu Omar, A. Spataro, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e giustizia offesa*, Laterza, Bari, Roma, 2010. Per l'analisi normativa della legislazione americana in merito, cfr. A. Pasquero, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007, in partic. il cap. IV (Il procedimento statunitense di *rendition*), 113 ss.

militare, e salvo risposte tardive del sistema, dopo anni di ricorsi): il controllo giurisdizionale era un ostacolo a questo tipo di risposta.

La risposta dell'Europa al terrorismo internazionale è stata condotta secondo le direttrici del diritto penale classico e del diritto internazionale²³. A parte gli interventi militari, di guerra per alcuni Stati, “di pace” per altri, in Afghanistan, in Iraq, in Egitto, negli Emirati Arabi, etc., si è considerato il terrorismo non già una realtà da combattere con una guerra o con strumenti extralegali, ma con le armi del diritto. Essendo il terrorismo un fenomeno criminale, lo si è inteso quindi «combattere con il diritto penale» (*sic*). Certo, anche la politica, l'*intelligence*, gli appoggi militari diretti o indiretti agli Stati Uniti o all'Onu hanno svolto un ruolo importante, tuttavia la differenza qualificante rispetto alla risposta americana è che il terrorismo è stato inquadrato *principalmente* come l'espressione criminale di un movimento politicamente estremista.

Ciò ha di fatto sbilanciato la magistratura verso una sovraesposizione in funzioni di lotta, per fortuna tanto meno negativa per lo Stato di diritto quanto poco cruenta sono state le azioni terroristiche in Italia. Ci siamo anzi segnalati per alcune azioni di particolare cifra garantista della magistratura: dalla vicenda Abu Omar alle letture in chiave di offensività delle finalità di terrorismo (v. *infra*). Ma non sempre le cose sono andate così.

Nel frattempo, il terrorismo di matrice islamica ha mutato il suo radicamento territoriale e organizzativo: da Al Qaeda a Isis. Ma è cresciuto anche il terrorismo interno (di matrice islamica) agli Stati occidentali.

Dopo Parigi 2015 e l'intervento militare francese, russo e americano in Siria e contro lo Stato islamico di Isis, molte sono state le pressioni sull'Europa per un supporto bellico, in una situazione che non doveva più fronteggiare l'a-territorialità inafferrabile di Al Qaeda, ma un radicamento geografico preciso di un embrione di Stato. Il presidente americano Barack Obama di recente ha detto che gli Europei sarebbero *free riders* della sicurezza²⁴: che altri pagano il biglietto, ma loro no. In quanto, appunto (ma questo lo aggiunge chi scrive), si limitano alla giurisdizione.

23 Cfr. F. Galli, *The Law on Terrorism: the UK, France and Italy compared*, Bruylant, Bruxelles, 2015; M. Zöller, *Terrorismusstrafrecht. Ein Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009; M. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010; C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Giuffrè, 2010. Per un'analisi aggiornata del sistema spagnolo v. anche F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 283 ss., 370 ss.

24 Le dichiarazioni sono riportate in *La Repubblica*, 11 marzo 2016.

In questa accusa c'è del vero: l'Europa non è una confederazione di Stati, e si compatta, secondo i suoi Trattati, solo per la "lotta giuridica" o per interessi economici (è un po' schematizzato, ma non lontano dal vero). Però *la tutela dei diritti fondamentali di tutti, terroristi compresi, non è mai un lusso*. Se l'Europa non paga il biglietto della sicurezza internazionale, gli Usa non pagano il biglietto del controllo giurisdizionale sulle loro azioni di sicurezza nazionali e soprattutto internazionali. *La giurisdizione è essa stessa un 'prezzo' che deve essere pagato*: dagli Stati, che devono sottoporsi ai Tribunali internazionali – e gli Usa, come Cina, Russia e Israele, non hanno mai ratificato lo Statuto di Roma – e dai loro esponenti e funzionari, oltre che dai magistrati. Essa non può avere, peraltro, un ruolo di avanguardia rispetto a un fenomeno siffatto, la cui enormità ed estensione geografica richiedono una gestione pluridimensionale che solo un cieco potrebbe affidare in modo privilegiato o esclusivo al *ius dicere* dei magistrati. Salvo che per il terrorismo strettamente interno.

Questo a me pare lo stato delle cose

4. La giurisdizione non è uno strumento di lotta contro fenomeni generali

La verità è che la *giurisdizione non è proprio uno strumento di "lotta"*²⁵. Lo può essere la macchina processuale in alcune sue fasi, l'indagine con misure cautelari, per

25 Quanto detto non ritratta ciò che abbiamo sostenuto nei precedenti studi sul diritto penale di lotta quale *ammissibile funzione* del diritto penale. Il diritto di lotta ha una legittimazione politica fintanto che non si arriva a una verifica squisitamente giurisdizionale, la quale non può assumerlo tra i propri scopi (anche se potrà essere esercitata in modo da assecondare complessivamente *di fatto* le *funzioni politiche* di contrasto contro un fenomeno). Che il diritto non sia solo giurisdizione è fatto ben noto anche al tecnico-giuridico. *Lo stesso diritto penale conosce un'applicazione non giurisdizionale*, benché diversa da quella del diritto civile o pubblico, che si "applicano" nei rapporti sociali prima e a prescindere da ogni sanzione. Il diritto penale *sanzionatorio* si applica solo in giudizio, ma *quello dei precetti*, l'implementazione delle sue regole di condotta attraverso la prevenzione generale, *trova enorme applicazione extraprocessuale*. La stessa dimensione di contrasto contro un fenomeno criminoso conosce quindi in quel momento extraprocessuale un campo decisivo di intervento: sia esso un momento relativo alla fase delle indagini, del pubblico ministero inquirente, della polizia giudiziaria, delle misure di prevenzione, dell'attività di pubblica sicurezza, sia esso un momento strettamente pubblico di discussione nei *mass media* e nella società. Ciò valga anche come replica alle serie e istruttive riflessioni critiche di M. Pavardini, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bup, Bologna, 2014, 67 ss.

es., vista dal punto di vista del pubblico ministero, ma non la giurisdizione chiamata a controllare quell'azione. *La politica potrà pensare che lo sia il diritto*, nella sua funzione generalpreventiva e sanzionatoria connessa. Ma quando dalla dimensione politica del *diritto socialmente motivante* si passa a quella *giuridica* della decisione *responsabilizzante*, l'imperativo di non usare il singolo come mezzo per finalità impersonali (art. 27, co. 1, Cost.) vieta che il momento della lotta contro un fenomeno generale trovi ingresso specifico nella concretizzazione del giudizio di responsabilità individuale. L'inserimento di scopi giuridici di lotta dentro al momento giurisdizionale del diritto viola l'art. 111, co. 2 Cost.: «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale». Ovviamente per giurisdizione intendiamo soprattutto, in diritto penale, il controllo di una qualsivoglia domanda processuale di una parte (pubblico ministero) nei confronti di una persona indagata, in posizione di terzietà e nel rispetto delle regole e dei principi dello Stato di diritto.

Uno strumento di lotta essa non lo è per molteplici ragioni:

- a. La giurisdizione non è adatta al contrasto contro fenomeni generali. Decide domande sui singoli. Ciò dipende dal carattere individuale del meccanismo giurisdizionale penale e dal principio della domanda. Non ci sono *class actions* in diritto penale e quando ci sono (per es. i maxiprocessi) esse distorcono di norma le regole della giurisdizione.
- b. La prevenzione generale, in una logica di lotta, divora tipicità (per la tentazione di analogie o forzature ermeneutiche), colpevolezza, proporzione, rieducazione etc., tratta sempre i singoli come mezzi, non come fini, o richiede motivazioni occulte, presunzioni, inversioni di oneri probatori, omessi controlli di garanzia. Tutto questo è una perversione della giustizia penale.
- c. L'uso delle norme come mezzi di contrasto verso fenomeni "generali" trasforma un diritto di giustizia in uno strumento prima di lotta, e poi del nemico: dove il giudicante, quando c'è, è necessariamente *parte* del conflitto, non terzo imparziale. D'altro canto, giudicare casi che siano espressione di un fenomeno in atto (come certe forme di criminalità organizzata, mafiosa e di terrorismo) è la sfida più grande per la terzietà della giurisdizione, come sa ogni magistrato "in prima linea".
- d. La giurisdizione penale è invece sottoposta a uno statuto di garanzie che ammettono diverse declinazioni, anche temporanee sospensioni dei diritti (art. 15

Cedu), ma non eccezioni di fondo ai principi generali della sua terzietà, e del rispetto dei principi basilari dello Stato di diritto²⁶.

- e. L'alternativa conosciuta a un illegittimo diritto penale della pura neutralizzazione è da sempre costituita da altre misure, formalmente non punitive, estremamente problematiche anch'esse, perché tipiche del *diritto d'autore*: misure di sicurezza, misure di prevenzione, strumenti amministrativi extrapenali, dove in realtà si nasconde spesso il diritto del nemico, formalmente non penale o non punitivo, ma comunque neutralizzante ed escludente.

Anziché costituire un valido strumento di lotta, la giurisdizione, tutt'al contrario, è oggi un sistema di controllo universale, ormai, anche sulla politica, anche sulla Ragion di Stato: Statuto di Roma, Tribunali internazionali, Corti supreme, Stato di diritto in generale.

Ce n'è quanto basta per ridimensionare le illusioni belligeranti delle Procure della Repubblica, se non fosse che esistono norme incriminatrici che trasformano le Procure in organismi finalizzati alle sole indagini e non ai giudicati, come se fossero organi di Polizia.

5. L'oggettivizzazione normativa dello scopo di neutralizzare soggetti e l'assunzione da parte della magistratura di funzioni di polizia, a fianco delle forme extragiudiziarie di lotta e di guerra

Se la giurisdizione non risolve il problema delle cause del terrorismo, come quasi mai essa risolve quei problemi eziologici, come possiamo ipotizzare che solo con strumenti giurisdizionali (la criminalizzazione) si debba affrontare il fenomeno²⁷?

In realtà, noi ci permettiamo soluzioni soprattutto giurisdizionali perché *la magistratura assume anche funzioni di polizia grazie al fatto che le nuove incriminazioni*

26 Oltre a quanto dirò in seguito, al § 8, v. in generale sulle logiche del diritto di eccezione, la collettanea *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Eum, Macerata, 2011.

27 È una domanda che pongo rispetto alla posizione radicale di Luigi Ferrajoli emergente dallo scritto citato a nota 9.

introdotte dopo gli attentati del 2001, del 2005 e del 2015, sono soprattutto *preventive*, sono fattispecie *ultra-preparatorie che oggettivano in forme normative lo scopo di neutralizzare soggetti molto prima dei fatti da quelli commessi*. Per prevenire i fatti, non potendo eliminare le cause del fenomeno, non resta che neutralizzare i soggetti, come se le cause fossero loro. È tipico della risposta giuridica fermarsi a un'imputazione dogmatica, anziché estendersi al *rerum cognoscere causas*. Del resto per il *terrorismo interno* questo tipo di risposta potrebbe anche sembrare sufficiente.

Le nuove norme, peraltro, non sono meramente ascrittive: servono alle indagini, *per smascherare terroristi potenziali o in pectore*. Servono per indagarli quando si ha il sospetto che abbiano intenzione di diventare i terroristi che ancora non sono.

Dirò subito che, per quanto vagamente orwelliane, penso che esse abbiano un'utilità indubbia a fronte di minacce gravi per la *salus rei publicae*, e per impedire che i controlli siano lasciati a forze di polizia o di *intelligence* sottratte al governo della magistratura.

Noto però, al contempo, che esse tendono a realizzare una trasformazione di una parte del diritto penale in diritto di polizia. Si tratta, infatti, di prendere atto che la *magistratura stessa*, sia pur con migliori "garanzie" di una volta, sta acquisendo *funzioni così anticipate di lotta da risultare simili a quelle di polizia di sicurezza*, col risultato che l'esito dell'applicazione di fattispecie preventivo-soggettive sarà quello di servire alle indagini sulle persone e al loro controllo, non all'accertamento della responsabilità per fatti specifici: perché se i soggetti pericolosi sono scoperti e neutralizzati (ben prima della realizzazione di attentati), lo scopo ultimo di questa legislazione "penale" sarà stato raggiunto. Non si tratta, dunque, di legislazione meramente simbolica, come da più parti si è scritto.

Vorrei segnalare che ogni norma incriminatrice può essere vista in una duplice dimensione: quella delle indagini e quella del dibattimento. *Come se esistessero due codici penali differenziati per fasi processuali*. Per le indagini i fatti tipici in essi previsti sono solo "indizi" o gravi indizi di quei fatti. Sono fatti anticipati. *Solo nel "codice per il dibattimento" o per il "giudizio", quei fatti sono veramente quelli di cui trattano i commenti*. Ma le sentenze della magistratura, anche di Cassazione, se emesse nella 'fase delle indagini', riguardano fatti indiziati, la cui *cognitio semiplena* condiziona la stessa struttura dei fatti "tipici per fase".

Il problema del diritto penale di lotta è di far dimenticare nelle indagini quella che sarà la dimensione finale del giudizio, di indurre a credere che i fatti sufficienti

per misure allo stato degli atti siano sufficienti anche per il giudizio. Peggio ancora. La tentazione, cui cedono sovente legislatore e interpreti in prima linea, è di costruire *ab origine* i “fatti tipici” per adattarli meglio a quelle cangianti e mutevoli fattispecie concrete di interesse *processuale*, prima che penale.

Pochi esempi.

- a. La *punibilità del mero accordo o dell'istigazione per essere arruolato e addestrato* (art. 302 e 304 c.p. in relazione agli artt. 270-quater e 270-quinquies cp). Una possibilità tecnica inusitata è offerta dal combinato disposto dei classici delitti di istigazione e di cospirazione politica rispetto ai delitti contro la “personalità dello Stato”, con le nuove fattispecie di arruolamento, e addestramento, che in effetti, per la loro non sempre chiara formulazione, *interferiscono con il sistema codicistico italiano*, che già prevede la punibilità di condotte di istigazione e accordo per commettere delitti anticipati (atti preparatori) contro la personalità dello Stato (art. 302, 304 cp). Se l'arruolamento fosse un accordo per compiere atti di terrorismo²⁸, allora l'istigazione a tale accordo (art. 304 cp) che cosa sarebbe se non la prima manifestazione della volontà di entrare/far entrare nel circuito del terrore? Sono certo misure solo apparentemente simboliche, ma invece “utili” per perseguire a livello di indagini, ma anche penalmente, tipi d'autore sospetti, prima che abbiano commesso qualsiasi fatto di qualche offensività potenziale. Sono però anche norme espressive del commiato dallo Stato liberale e dal diritto penale del fatto: si scrivono ‘fatti’ di reato che dissimulano tipi d'autore. *Norme pre-processuali, scritte “per il codice delle indagini preliminari”*, non per il codice del dibattimento o del giudizio. Eppure a giudizio ci potranno anche finire qualche volta ... e il legislatore ne è ben consapevole, avendo aggiornato l'istigazione *ex art. 302 cp* col prevedere un'aggravante per lo strumento informatico o telematico.
- b. *Se chi si accorda per farsi addestrare, cioè per “diventare terrorista”, o istiga a tale evento anche solo rappresentato da singoli delitti sorretti da quella finalità, è già punito di per sé, dopo la novella del 2015* (dl 18 febbraio 2015, n. 7 conv. nella l. 17 aprile 2015, n. 43), *chi si autoaddestra in solitario* è pure punito, ma in tal caso è richiesto che ponga in essere comportamenti *univocamente finalizzati* (non oggettivamente idonei) a realizzare le condotte tipiche di cui all'art.

²⁸ Nel senso che l'arruolamento sia un “serio accordo” per la successiva commissione di atti di terrorismo, per es., Cass., sez. I, n. 40699 del 9.09.2015, *Elezi e altro*, in www.archiviopenale.it.

270-*sexies* cp. Si incrimina in ipotesi chi ancora non è terrorista, perché lo vuole diventare con atti preparatori diversi dalla mera manifestazione di volontà²⁹. Il principio di materialità non è violato, ma sono fatti espressivi di volontà e fini illeciti: è un diritto penale orientato all'autore pericoloso, alla costruzione del terrorista come macchina da guerra.

- c. Queste attività illecite vanno poi collegate con la possibilità *d'intercettazioni preventive* (art. 226 disp. att. cpp) e di *misure di prevenzione* in materia (art. 4, lett. d) d.lgs 6 settembre 2011, n. 159, cd. c. antimafia)³⁰, oltre che di *misure cautelari personali e reali*. A differenza delle misure di prevenzione utilizzabili nel settore della criminalità organizzata mafiosa (art. 4, lett. a) d.lgs n. 159/2011, che possono essere attuate in parallelo, anche a fronte di delitti consumati, nel caso di criminalità non mafiosa è stabilita un'alternatività tra misure di prevenzione e atti esecutivi, essendo quelle misure connesse ad "atti preparatori" obiettivamente rilevanti: non più di fronte a delitti consumati. Peraltro sono misure che si adattano a soggetti che se si accordano o si addestrano per atti preparatori che sono già delitto: dunque si applicano ben prima

Ovviamente tutte queste condotte, consentendo *indagini penali* (e *misure cautelari, o di prevenzione*) in presenza di *indizi* della sussistenza di quei fatti, possono orientare l'attività delle Procure verso *persone* che non hanno commesso *nessun fatto offensivo*, ma perseguono temute finalità illecite: *indizi di finalità*.

Ciò rappresenta, come anticipato, il perfetto rovesciamento della logica giurisdizionale penale in una logica di polizia di pubblica sicurezza. Che si arrivi a un

29 Questa logica si è in parte estesa al *diritto comune*. In materia di *armi da guerra ed esplosivi*, anche a prescindere dalle finalità di terrorismo, e da qualsiasi finalità che non risulti chiaramente già lecita, l'addestramento al loro uso o confezionamento, anche se anonimo o per via telematica, è delitto: art. 2-bis l. 2 ottobre 1967, n. 895, introdotto dall'art. 8, co. 5, del dl 27 luglio 2005, n. 155, conv. dalla l. 31 luglio 2005, n. 155. Non è qui punito il soggetto addestrato. Non essendo lecita la detenzione di quelle armi o esplosivi, può sembrare 'logica' la punibilità di atti preparatori alla loro detenzione, tuttavia deve esser chiaro che siamo nel quadro di *atti preparatori* di atti di detenzione illegale, cioè di atti che di per sé costituiscono già, tradizionalmente, il limite di condotte anticipate a un'offesa finale diverse da attentati, associazioni *et similia*. È quindi punita la preparazione teorica dell'esplosivo o della detenzione illegale e che non consista in detenzione a sua volta illecita di componenti.

30 V. l'ampio quadro descritto da L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova Univ. Press, 2012.

processo è del tutto irrilevante e secondario, se il tutto sarà servito a neutralizzare soggetti pericolosi.

- d. Dietro tutta questa facciata giurisdizionale non possiamo dimenticare che cosa c'è stato dal 2001 sino a oggi: fatti illegali organizzati dalle diverse ragioni di Stato, da *Guantánamo* ai *voli segreti della Cia* e alle forme di *extraordinary rendition*, e fatti legali come il sistema del *listing*, che ha costituito una misura penale-amministrativa di rilevante impatto sui diritti, rispetto a situazioni paradigmatiche di sospetto, slegate da specifiche condotte, e fortemente limitatrici dei diritti di libera circolazione, patrimoniali etc.
- e. Imprescindibile e ancipite in tutto ciò il *doppio ruolo dell'intelligence e dei servizi segreti*, sia per la funzione preventiva e d'informazione, sia per il supporto che hanno dato alle ulteriori e ben distinte forme di contrasto: quelle di lotta armata nelle *forme della guerra* e perfino di quelle *dell'eliminazione diretta dei rappresentanti più pericolosi* del terrorismo con strumenti di distruzione a distanza ma anche diretti *ad personam*, ad opera soprattutto degli Stati Uniti: condotte "di Stato" la cui qualificazione giuridica si colloca probabilmente nell'illecito, ma al di là della giurisdizione.

Il "volto pseudo-giurisdizionale" della soggettivizzazione di un'azione di contrasto vicina alle forme della polizia di pubblica sicurezza, non può dunque essere separato da quello extrapenale ed extragiurisdizionale: entrambi hanno composto insieme il quadro complessivo di una risposta alla quale hanno partecipato Stati e istituzioni, *nel rispettivo gioco dei ruoli, che appaiono confliggenti, quando forse sono invece del tutto convergenti, nella logica di chi paga il biglietto e chi no: della sicurezza o della giurisdizione, rispettivamente.*

6. La consapevolezza della necessità di una doppia risposta, giudiziaria e non, al terrorismo

Accanto alla magistratura che svolge funzioni di polizia, c'è però *il tipico momento giurisdizionale e garantista*, allorché le indagini arrivano di fronte a qualche controllo da parte di un *giudice terzo o da parte dello stesso pubblico ministero che si preoccupi delle deviazioni anticostituzionali di un sistema di guerra occulta.*

Certo il pregio della posizione appena commentata è quella di ribadire che la magistratura dovrà operare secondo le regole anche costituzionali dello Stato di diritto. Ecco perché, come nel *caso Abu Omar*, la risposta sarà giurisdizionale e non da "Stato

di polizia”, come ci avrebbero chiesto gli operatori dei servizi e d’intelligence americana operanti nel nostro Paese, e come ci avrebbe chiesto lo stesso Governo italiano.

Il caso Abu Omar riguarda il rapporto di convergenza tra la soluzione europea e quella americana rispetto al rifiuto del controllo giurisdizionale. Chi (per es. vari Stati europei, per parlar chiaro) adotta soluzioni fondate sulla delega a terzi del lavoro sporco di eliminazione dei nemici, contravviene a un principio che deve sorreggere la condotta degli Stati quando sono in gioco i diritti fondamentali (e nel diritto penale sono in gioco sempre): «*Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è compatibile con la pubblicità, sono ingiuste*»³¹. Lo contravviene se queste attività non sono palesabili neppure *ex post*, in quanto sicuramente *illicite*.

Che ciò sia poi riconosciuto a giochi fatti da una “sanzione simbolica” di un Tribunale supremo (la Corte Edu)³², poco cambia la realtà delle cose: ci siamo salvati l’anima

31 I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Königsberg, 1795), tr. it. *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in I. Kant, *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1982, 210.

32 *La soluzione europea del caso è nella decisione della Corte Edu*, IV sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09) In primo luogo, i giudici di Strasburgo affermano che vi è stata una *violazione degli obblighi di natura sostanziale* che scaturiscono dagli artt. 3, 5 e 8 Cedu nei confronti dello stesso Abu Omar (all’anagrafe Osama Mustafa Nasr) e della moglie Nabila Ghali: le autorità italiane non solo erano, secondo la Corte, a conoscenza del piano dei servizi segreti americani per rapire l’imam - attraverso un’operazione tecnicamente qualificata come *extraordinary rendition* - al fine di consegnarlo alle autorità egiziane, dalle quali sarebbe stato poi interrogato e torturato; ma cooperarono altresì attivamente con i funzionari americani, quanto meno alla prima fase dell’operazione. D’altra parte, la Corte ravvisa nel caso di specie una *violazione dell’obbligo cd. procedurale a carico dello Stato di punire i responsabili di atti contrari all’art. 3 Cedu*. La Corte invero «rende omaggio al lavoro dei giudici nazionali che hanno fatto di tutto per tentare di stabilire la verità» (§ 265), e sottolinea come *le sentenze di merito e di cassazione sulla vicenda abbiano dato prova di una «fermezza esemplare», rifiutando di riconoscere qualsiasi scusante in favore degli imputati* (§ 267). I giudici europei non possono, tuttavia, che prendere atto che «*malgrado il lavoro degli investigatori e dei magistrati italiani, che ha permesso di identificare i responsabili e di pronunciare delle condanne nei loro confronti, le condanne medesime sono rimaste prive di effetto*» (§ 272), in ragione da un lato - per quanto riguarda gli agenti del Sismi italiano - della decisione del Governo, avallata da due successive sentenze della Corte costituzionale, di opporre il segreto di Stato su circostanze già ampiamente di dominio pubblico; e dell’altro del rifiuto da parte dello stesso Governo, tranne in un unico caso, di chiedere l’extradizione degli agenti americani condannati, nonché della stessa decisione del Presidente della Repubblica di ringraziare tre di tali agenti. Con l’effetto complessivo di *garantire l’impunità*

di giuristi, ma non abbiamo certo cambiato la politica reale.

Del resto anche su altri piani *alcune collaborazioni più virtuose, ma non giurisdizionali, non sono evitabili.*

Come ai tempi del caso Abu Omar c'erano i voli segreti della Cia, le *extraordinary renditions* e le *black lists*, e il Governo o i Governi sapevano, mentre la magistratura operava in parallelo secondo logiche giurisdizionali ritenute a livello politico modestamente efficaci, evidentemente, adesso sappiamo bene che *c'è un "biglietto da pagare" per la cooperazione internazionale.*

Esso consiste in *due percorsi*, che in realtà sono assai variegati: in primo luogo, lavorare su *fronti diversi da quello della magistratura*, del delitto consumato o di attentato, da un lato, e ovviamente non mi riferisco ai voli segreti e a campi di detenzione segreti, ma a cooperazione di polizia e *intelligence*, e anche molto a cultura politica, informazione e dialogo col mondo islamico nel suo complesso, diffusione dell'idea che un vero contrasto culturale al terrorismo è fondamentale, e in casi estremi l'intervento dell'esercito; e dall'altro, in secondo luogo, si tratta di operare sul *fronte interno* sempre con questi strumenti. *Ed è su tale fronte che il momento giurisdizionale mi pare più significativo*, anche in termini di contrasto al fenomeno³³.

I dati appena descritti ci avvicinano alla formulazione di *una domanda ormai urgente*: come possiamo pensare che non si debbano considerare avversari istituzionali, cioè avversari "delle istituzioni" anziché delle singole vittime umane potenziali, che-ancora-non-ci sono, e dunque antagonisti ideologici, anziché meri "criminali", i guerrieri di Daesh? Come potremmo escludere soluzioni di tipo militare, del resto già in atto in altri territori³⁴? Ma anche soluzioni politiche e culturali *diverse* da quelle

per tutti i protagonisti di questa vicenda: in frontale contrasto con gli obblighi derivanti, appunto, dall'art. 3 Cedu. V. più ampiamente la scheda riassuntiva di M. Mariotti in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

³³ Un'illustrazione convergente con la linea di pensiero qui esposta si può trovare nello scritto di G. Salvi, *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America. Lo stravolgimento della legge conseguente alla scelta della war on terror è pericoloso e inefficace. Ed è esattamente lo scopo dei terroristi. Note in margine al caso Abu Omar. Una lezione italiana*, in *Limes*, 2007, 71 ss.

³⁴ Per un'analisi dei limiti entro i quali è possibile o meno una coesistenza di terrorismo e conflitto armato, ovvero quando il secondo escluda il primo, se il belligerante è legittimo cfr. T. Padovani, *Diritto*

giudiziarie? Solo perché gli attentati non si sono verificati a Roma o in Italia? È essenziale prendere coscienza della relatività della risposta giurisdizionale, ma ad un tempo della necessità che essa non si perverta perché è chiamata a svolgere *funzioni che non le sono proprie*.

In questo settore non è possibile ragionare secondo il modello della magistratura degli anni Settanta del secolo scorso come se si trattasse delle Brigate Rosse, che pure sono state sconfitte nella coscienza della sinistra (chi non ricorda i discorsi tolleranti sui “compagni cha sbagliano”?) e del Paese, e non solo dalla magistratura.

La *doppia risposta, giurisdizionale e non*, rappresenta *in realtà una risposta plurima, dai molti livelli*, ed è funzionale a una soluzione non deresponsabilizzata che *giova anche all'autonomia della giurisdizione*, al suo non coinvolgimento nella funzione di lotta di qualche nemico. Ogni altra risposta di tipo solo giurisdizionale è sbagliata, inefficace e inquinante.

Ciò *non significa che* la risposta sia nei droni, ma certo non è nelle sentenze penali, che costituiscono un piccolo tassello del mosaico delle soluzioni del fenomeno³⁵. Alcune tra le nuove norme, infatti, non mirano neppure a diventare sentenza, e dunque a essere davvero “giurisdizionalizzate”, ma a raggiungere assai prima il loro obiettivo di neutralizzazione dei soggetti pericolosi. Vediamole.

7. Il versante garantista, e meno garantista, della giurisdizione. Le oscillanti risposte della Corte di cassazione

La magistratura italiana ha interpretato complessivamente in senso garantista le nuove norme antiterrorismo introdotte nel 2001, nel 2005 e nel 2015, tutte dopo attentati clamorosi in altri Paesi. Ciò risente anche del clima di minor aggressione nazionale del fenomeno, come già detto. Ma esistono segnali preoccupanti di un intreccio potenzialmente esplosivo tra la struttura del codice del '30, le nuove regole e la loro gestione giurisprudenziale. Qualche esempio virtuoso e meno.

penale del nemico., cit., 309 ss. Ulteriori approfondimenti in R. Bartoli, *Lotta al terrorismo*, cit., 172 ss.

35 Per un antidoto surreale a questa posizione si potrebbero rileggere alcuni interventi su *Repubblica* di Mario Pirani. Li ricorda opportunamente G. Salvi, *Op. loc. ult. cit.*

1. Al versante garantista appartengono le letture degli art. 270-*bis* e del 270-*quater* e -*quinquies* cp, che introducono l'*idoneità oggettiva "dentro" al dolo specifico*, esigendo che in tutti i casi nei quali è richiesta la finalità di terrorismo (art. 270-*sexies*) le condotte anche di arruolamento e di addestramento "possano realmente" "arrecare un grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale": interpretazione restrittiva, adottata comprensibilmente in un caso di contestazione di tale finalità a organizzazione no-Tav per delitti di attentato con finalità di terrorismo (art. 280 e 280-*bis* cp), ma anche in vari altri, e resa possibile da una certa lettura del principio di offensività o di come è descritta la finalità di terrorismo nell'art. 270-*sexies*³⁶. Non si tratta di lettura imposta, nel senso che *si potrebbe declinare diversamente il dolo specifico* nel sequestro di persona ex art. 630 cp (rispetto a chi sequestra persona nullatentente per errore, anziché un facoltoso imprenditore), nel falso in scrittura privata ex art. 485 cp, nell'associazione per delinquere ex art. 416 cp, o nell'art. 270-*quater*. Ci sono diversi beni in gioco, a seconda dei casi, e un'idoneità concreta rispetto a beni di macroscopica grandezza come un Paese o una organizzazione internazionale possono depotenziare molto la forza incisiva di un'incriminazione, oppure servire semplicemente a escludere davvero fatti modesti.

2. Nello stesso tempo, abbiamo avuto sentenze della Suprema Corte che hanno accresciuto la valenza offensiva del delitto di arruolamento (art. 270-*quater*, cp), considerandolo un *serio accordo per la commissione di atti di violenza o di sabotaggio con finalità di terrorismo*: non certo l'ingresso in un'entità prodromica che, non potrebbe essere già partecipazione interna nell'art. 270-*bis* (che l'art. 270-*quater* esclude), ma neppure una semplice e inafferrabile tappa intermedia verso l'entrata nell'associazione. Piuttosto, un *autonomo ingaggio* verso l'esecuzione di atti che di per sé dovrebbero poi condurre all'entrata nell'associazione³⁷. La fattispecie sarà integrata ove l'accordo risulti qualificato dalla "*doppia finalità*" prevista dalla norma incriminatrice, cioè il compimento di atti di violenza o sabotaggio con finalità di terrorismo. Rispetto a en-

36 V. esemplarmente Cass., sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, in DPC 30 giugno 2014, con nota di S. Zirulia, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*; Cass., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670. Per un'illustrazione dell'indirizzo v. F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 227 ss., 331 ss.

37 Indirizzo inaugurato da Cass., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, Garuan, in *Cass. Pen.*, 2012, 897 ss., con nota di Valsecchi, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*.

trambe queste finalità compresenti è poi richiesta una *specificità oggettiva dell'accordo a realizzarle*³⁸, come se si trattasse (secondo alcune sentenze) di un tentativo di realizzare quei delitti-scopo e quello scopo ultimo di terrorismo. Ognuno vede che qui, a differenza della maggior parte delle fattispecie a dolo specifico – che sono *centinaia* nel sistema penale – viene introdotta una idoneità che non è dato riscontrare altrove ... e che non può essere *uguale* a quella del tentativo nelle diversissime fattispecie che contemplano questa forma di dolo e di modalità oggettiva dell'agire orientato a scopi eccentrici. Altrimenti un evento di pericolo esterno alla fattispecie (come è nel dolo specifico, che non è richiesto si realizzi), viene inserita al suo interno: ciò che è consentito fare solo *quando il fatto senza dolo specifico risulti inoffensivo*: e nei limiti in cui tale operazione è costituzionalmente conforme essa deve essere sostenuta come doverosa. Peraltro sul piano dell'univocità oggettiva le cose potranno essere diverse. Così come l'idoneità dei delitti di attentato non può avere *l'univocità oggettiva* del tentativo³⁹.

3. Fa tuttavia da contraltare a questa lettura in termini di offensività, un contemporaneo e *recente orientamento del tutto contrapposto* in materia di *applicabilità del delitto tentato (art. 56 cp) alla medesima fattispecie*: una condotta di accordo anticipato rispetto a delitti di attentato risulterebbe perciò suscettibile a sua volta di realizzazione tentata⁴⁰. Ognuno vede come qui si ritorni dal diritto penale del fatto al

38 Per un'ampia illustrazione di questo indirizzo maggioritario anche in dottrina, v. F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 33 ss., con altri ragguagli.

39 *Amplius* M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, 1999, § 23. Esistono indirizzi che tendono a "livellare" tentativo e attentato sempre, ma è chiaro che le singole fattispecie di attentato, situandosi in stadi più anticipati di realizzazione (altrimenti neanche avrebbe senso prevederli per attendere fasi troppo più avanzate di realizzazione), dovranno essere ricostruite con l'intelligenza della situazione tipica di ciascuna di esse. V. pure, sui limiti di *riserva di legge* nell'applicazione dell'offensività come principio anche costituzionale, Id., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it, Riv. trim., n. 4/2013, 4 ss., spec. 41 ss. Con particolare riferimento alla problematicità di gestire il requisito dell'idoneità offensiva in fattispecie come quelle di attentato o dove lo sfondo dei beni protetti è di macroscopico livello, con ricaduta significativa sulla discrezionalità ermeneutica del giudice, v. le realistiche considerazioni di M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, 334 ss.

40 Così, Cass. Sez. I, 9 settembre 2015 (ud. 9 settembre 2015), Elezi, in www.archiviopenale.it. V. sul punto il commento di S. Colaiocco, *L'arruolamento per finalità di terrorismo*, *Questioni aperte*, fasci-

diritto penale d'autore. Un accordo d'ingaggio sembrava una condotta di pericolo già molto anticipata, ma non basterebbe. Anche gli atti idonei e univocamente diretti a quell'ingaggio sarebbero già punibili per chi arruola. Nella parte generale del codice Rocco l'art. 115 cp è un limite al delitto tentato oltre che al concorso di persone. Nella parte speciale c'è la cospirazione politica mediante accordo (art. 304), oltre all'istigazione ai delitti "di attentato" o di "associazione" contro lo Stato (art. 302 cp, rinnovato anche nel 2015). Ma punire il tentativo d'ingaggio monosoggettivo non è venuto in mente neppure al legislatore fascista della parte speciale del codice, che riprendeva tra i delitti contro lo Stato quelli introdotti nel 1926 dalle cd leggi fascistissime, insieme al Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Non c'erano delitti-accordo, ma attentati di cui era punibile l'accordo. Infatti, esistono l'istigazione e l'accordo con altri per commettere delitti contro lo Stato (i citati art. 302 e 304 cp) *che non siano (perché non erano) essi stessi di istigazione o di accordo rispettivamente*⁴¹. Tra questi delitti-scopo compare oggi anche l'art. 270-*quater*, che se è delitto di accordo (come viene inteso) non può ammettere un ulteriore e anticipato accordo. Tuttavia si potrebbe ammettere un'istigazione a terzi: l'istigazione dell'arruolato come rilevante *ex art. 302 cp*, anche se telematica o informatica, per commettere atti di violenza o di sabotaggio. Siamo già oltre il codice Rocco e le leggi del 1926. Aggiungervi *il tentativo* quando è punibile l'istigazione appare superfluo, perché *l'istigazione è meno di un tentativo*, ma è segno indubbio di una magistratura giudicante che ormai è entrata nel diritto penale di lotta, perché il tentativo è condotta non necessariamente istigatoria e tuttavia opera su fattispecie prodromica all'ingaggio. Avevamo gli accordi di attentato nel 1930, ora anche il tentativo di accordo. Ma in realtà, abbiamo *ex lege* (art. 302 cp e 270-*quinqies* cp) l'istigazione all'accordo. Dunque pura anticipazione di due livelli di condotte preparatorie (istigazione e ingaggio) ad atti di violenza o di sabotaggio.

4. Anche rispetto al *reato associativo*, sempre a rischio di essere anticipato al mero accordo, e reso particolarmente inafferrabile nel terrorismo di matrice islamica per la

colo n. 1 gennaio/aprile 2016, consultato on-line www.archiviopenale.it.

41 La cospirazione mediante accordo per un delitto a sua volta di accordo non è ammissibile. Ma l'istigazione a un delitto di accordo sì. Essendo l'istigazione *meno di, o comunque non identica a, un tentativo*, ognuno comprende quanto la situazione sia problematica. Usiamo istituti del diritto penale del fatto per situazioni che si aggirano sui sentieri del diritto penale d'autore.

destrutturazione in cellule del suo operare⁴², le delimitazioni in termini di offensività costruite sull'idoneità lesiva richiesta per l'applicazione del dolo specifico di terrorismo, sono in parte neutralizzate da quegli orientamenti che prospettano la legittima persecuzione penale dei soggetti che abbiano *uno scopo terroristico soltanto* "mediato"⁴³: in quanto inseriti in una *struttura meramente logistica* di dislocazione, *senza consapevolezza degli scopi* che verranno successivamente indicati. Può così accadere, attraverso la "teoria degli scopi mediati", che soggetti i quali si sono resi disponibili per singole attività (per es. di falsificazione di documenti), senza nulla sapere del contesto di riferimento di un'associazione superiore o distinta, vengano ritenuti associati in via mediata. E ancor prima, si capisce, indagati e imputati per tale inserimento indiretto in un contesto dal quale la *cellula territoriale dedicata ad attività logistiche*, pare ancora distante: come se il concorso in reati-mezzo, rispetto all'inserimento nell'associazione, valesse già come partecipazione interna. Ma qual è l'associazione tipica, che neppure il giudicante (come l'associato) deve avere identificato e di cui il partecipe "mediato" non può conoscere gli scopi specifici sul territorio dove opera?

5. Lo stesso inserimento del requisito legale di "*comportamenti univocamente finalizzati*" alle attività con finalità terroristiche per punire l'auto-addestramento del cd. lupo solitario (nuovo art. 270-*quinquies* dopo riforma del dl n. 7 del 2015), *sembra limitare* correttamente la fattispecie a un principio di materialità, altrimenti assente nell'auto-addestramento informativo⁴⁴. Però *univocamente finalizzati non signi-*

42 Sulle caratteristiche d'inafferrabilità delle associazioni terroristiche di matrice islamica, da Al Qaeda in poi, v. R. Guolo, *Jihad e violenza sacra*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, cit., 1 ss.; E. Rosi, *Terrorismo internazionale: le recenti soluzioni della giurisprudenza di legittimità alla ricerca di un bilanciamento tra esigenze di anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 455 ss.; A. Spataro, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, cit., 163 ss.; G. Salvi, *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America*, cit.; M. Pelissero, *Delitti di terrorismo*, in M. Pelissero, a cura di, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, 188 ss., e più ampiamente, anche con riferimento a Isis, il quadro ora tracciato da F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 66 ss., 172 ss., 248 ss., 405 ss.

43 Utile discussione in F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 273 ss.

44 Su tale riforma v. A. Valsecchi, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in Aa.Vv., *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, a cura di R. Kostoris, F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2016,

fica oggettivamente idonei. E la sua pena, come peraltro anche quella del semplice addestrato “vero” e dell’addestratore che non abbiano compiuto quei comportamenti finalizzati univocamente, è la stessa del partecipe interno: da cinque a dieci anni di reclusione. Un’equiparazione sanzionatoria che dimostra il livellamento punitivo di associato, addestratore, addestrato e auto-addestrato esterno indipendente. Con il che si evidenzia la rottura del valore tipizzante del vincolo associativo, dell’*affectio societatis*, come già nella lotta alla mafia (concorso esterno). Infatti, se non ci fossero queste tipizzazioni di parte speciale, forse a qualcuno verrebbe in mente di applicare comunque una nuova ipotesi di concorso esterno⁴⁵: dove non sarebbe la condotta tipica, ma la finalità a rilevare. Purché si trovi una condotta finalizzata, anche quella “aperta” del concorso esterno, l’azione verrebbe attratta nella fattispecie: ma qui, per arruolatore e arruolato, addestratore e addestrato, non è richiesta la prova di un contributo alla vita o all’organizzazione, che magari non è per nulla afferrabile⁴⁶. Ecco perché servono

3 ss.; F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 339 ss.; R. Wenin, *L’addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal dl 7/2015*, in DPC, 3 aprile 2015. Molto critico A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al dl. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in DPC, Riv. trimestrale n. 2/2015, 232, per il quale «La norma in questione consente, dunque, di punire qualunque atto, sia pur lontanamente preparatorio, se sorretto dalla finalità soggettiva di compiere condotte con finalità di terrorismo. In termini concreti, sarà sufficiente, ad esempio, informarsi sul tipo di cesoie occorrenti per tagliare fili elettrici – pensando ad un futuro sabotaggio di servizi pubblici essenziali con la finalità di costringere un pubblico potere ad omettere qualcosa – e poi uscire di casa per andare ad acquistarle. Oppure, basterà informarsi su “wikipedia.it” sui precursori di esplosivi e stampare le istruzioni acquisite: è un “comportamento finalizzato” anche quello”.

45 Per una critica all’uso del concorso esterno per costruire nuove forme di associato che la parte speciale dei reati associativi non prevede e che dunque il codice non può autorizzare la giurisprudenza a costruire senza una previsione legale corrispondente alle forme tipizzate (sarebbe come punire il finanziatore o l’addestrato indipendente di un’associazione per delinquere, senza che tale forma autonoma sia prevista nell’art. 416 cp), v. M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in corso di stampa in Riv. it. dir. proc. pen., 2016; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in DPC, 6 giugno 2016, 18 ss., (§§ 10-13). Sulla scarsa tenuta dell’istituto (pure riconosciuto dalla Corte di cassazione) rispetto a un fenomeno associativo “cellulare” come quello del terrorismo di matrice islamica, E. Rosi, *Terrorismo internazionale: le recenti soluzioni della giurisprudenza*, cit., 462.

46 V. gli AA. cit. retro a nota 42. V. anche la ricostruzione delle attuali gestioni dei delitti contro la

particolarmente fattispecie autonome, funzionali del resto a tipologie associative di incerta struttura organizzativa.

6. La rottura del ruolo tipizzante del vincolo associativo è del resto già presente nella stessa declinazione della fattispecie dell'associazione per delinquere di tipo mafioso, secondo quella giurisprudenza che attrae dentro all'associazione *chiunque abbia la disponibilità ad assumere un ruolo* nella stessa⁴⁷: tipologie di "messa a disposizione" che oscillano tra la partecipazione interna e il concorso esterno. Sono forme ermeneutiche di lotta al crimine organizzato che possono facilmente conoscere migrazioni applicative. Si tratta di vedere, sotto le formule, quali fatti vi rientrino, diversi da una connotazione soggettivamente pregnante.

Per carità, conosciamo il principio *non* costituzionale *salus rei publicae suprema lex*, però noi siamo distanti da scenari siriani, afgani, iracheni, libici, egiziani, e per fortuna finora anche da scenari americani, francesi o belgi. Questa è dunque la legge di un diritto penale di polizia, dove il fatto è espressione dell'autore. E la magistratura ne interpreta i percorsi per prevenire la consumazione di stragi e attentati. L'abbiamo camuffato da diritto penale del fatto, ma siamo già oltre i suoi confini.

8. The right answer di fronte al diritto di eccezione e la posizione del terrorismo nel diritto penale della sicurezza

Poiché riteniamo di non essere immuni dal rischio di attacchi terroristici, di fronte alla prospettiva di norme di eccezione (siano esse di previsione legislativa o di formazione giurisprudenziale)⁴⁸ che *già sono presenti* nel nostro sistema, non ci sentiamo di accogliere *nessuna delle tre posizioni principali che negano la stessa possibilità*

personalità dello Stato compiuta da T. Padovani, *Diritto penale del nemico*, cit., 275 ss.: «preoccupante deriva estensiva» (*ivi*, p. 283) è il giudizio sulla definizione di finalità di terrorismo.

47 Ampiamente, sul punto, A. Cavaliere, *Associazione per delinquere*, in Aa.Vv., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 298 ss.; Id., *Associazione di tipo mafioso*, *ivi*, 424 ss.

48 Seguo qui il paradigma della distinzione tra disposizione e norma più volte illustrato, da ultimo in *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 6 ss. (§ 4 ss.).

*dell'eccezione*⁴⁹: quella dei *puristi del garantismo*, che sostengono che ogni eccezione sarebbe eccezione ai principi inderogabili, quando ciò è sconfessato dallo stesso principio di uguaglianza che impone il trattamento differenziato di situazioni distinte; quella degli *equilibrati del chiaroscuro*, che bilanciano così bene ogni principio, da ammettere sempre possibili deroghe allo stesso 'nucleo' dei principi, così inevitabilmente annacquati da vedere svanire la loro forza superiore cogente: qui, essendo tutto derogabile, le stesse eccezioni non esistono più; quella infine dei *sacerdoti del Leviatano*, dei seguaci di Carl Schmitt, che vedono un primato assoluto della politica sul diritto e sulla giurisdizione, e come tali sostengono che sovrano è chi decide lo stato di eccezione, al punto che il diritto dovrebbe sempre cedere al potere politico che lo sovrasta e lo piega a ogni scopo contingente.

Rifiutato l'estremismo di tutte e tre queste *posizioni, che nella loro essenza negano l'eccezione, vuoi perché la escludono sempre, vuoi perché la legittimano sempre*, sembrerebbe rimanere *l'unica soluzione trasparente e corretta*⁵⁰, quella prevista dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), che in tempi di emergenza prevede deroghe – peraltro *temporanee* – ad alcuni principi della Convenzione, ma non al nucleo di alcuni divieti o valori, come la vita umana, il divieto di tortura, il principio di legalità penale e il divieto di retroattività. In questo senso, la previsione di una norma costituzionale nazionale sulle condizioni e i limiti temporali di stati di eccezione, o una disciplina sovralegislativa degli atti preparatori, delle forme associative e delle figure di parte generale ad esse applicabili, sarebbe sicuramente un elemento di chiarezza⁵¹.

La nostra storia legislativa ha dimostrato che *tutte le deroghe temporanee da noi rischiano di diventare definitive*: e forse proprio per questo una previsione costituzionale dei limiti temporali potrebbe contribuire a razionalizzare la disciplina,

49 Riprendo in sintesi una tripartizione tratteggiata in M. Donini, *Diritto penale di lotta*, cit., 80 ss. e qui alcuni rinvii.

50 Esattamente F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo*, cit., 674. Una discussione analitica della possibilità di disciplinare a livello costituzionale tali ipotesi è ora approfondita da R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Le regole dell'eccezione*, cit., 169 ss., che distingue tra eccezione assoluta (a due), e una preferibile eccezione relativa (a tre), con una norma superiore che stabilisce comunque limiti inderogabili; v. già Id., *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 179 ss.

51 È quanto abbiamo prospettato in *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 774.

anziché a stratificare nel sistema tanti microsettori di eccezione, mascherati come regole speciali.

In mancanza di ciò, la soluzione politica più auspicabile, in assenza di eventi che evocino un intervento militare, è di non inserire *vere* eccezioni temporanee ad alcuni diritti fondamentali (escluse comunque le eccezioni al loro nucleo), ma lasciare gestire dalla magistratura i profili di *attuazione legislativa differenziata* di principi e regole comuni peraltro già operanti – le norme speciali ritenute compatibili col sistema dei principi altro non sono che regole “differenziate” in nome dell’eguaglianza formale, cioè del trattamento diversificato di situazioni differenti –, nella *declinazione dei principi dentro alle norme ordinarie costituzionalmente conformi*. Regole “speciali” non di eccezione dunque, piuttosto che eccezioni temporanee non più modificate, o non disciplinate a livello costituzionale.

Ma sono queste distinzioni che tengono veramente? Concettualmente sì, anche se nella prassi esse si prestano a distinzioni *fuzzy* che rischiano di far sembrare debole o compromissorio l’impianto ricostruttivo.

Insuperabili nel nucleo restano a mio avviso anche i limiti del diritto penale del fatto e non dell’autore (art. 25 cpv. Cost.), della finalità rieducativa-risocializzante, e dunque in linea di principio mai definitivamente escludente, della pena (art. 27, co. 3, Cost.), e la terzietà e imparzialità del giudice (art. 101 e 111 Cost.).

Però abbiamo varie discipline vigenti che si collocano ai limiti di questi principi.

Tutte le deroghe implicite nelle interpretazioni di cui ai punti da c) a f) del § precedente, per es., che si orientano al diritto penale d’autore, *devono essere rilette in modo costituzionalmente conforme o dichiarate illegittime*.

Tutto ciò rimette in gioco la giurisdizione come ultimo baluardo o debolezza di sistema.

Infatti, come già detto: la giurisdizione è il luogo dove il soggetto giudicante non sta da una parte processuale, ma sta dalla parte dei diritti fondamentali. Di entrambi i soggetti, vittima e autore, Stato e imputato. *Lo Stato non s’identifica col diritto, ma il diritto regola lo Stato come regola la condotta del cittadino o la condizione giuridica dell’imputato*.

La magistratura, tuttavia, non lavora solo con sillogismi puri senza previa interpretazione, e pertanto dovrà operare *bilanciamenti*, operazioni come tali non predefinite in una regola rigida, ma modulabili sulle diverse situazioni, e consentite

dall'elasticità di numerose norme di parte generale e speciale⁵². In quest'opera di concretizzazione interpretativa, *non è consentito modificare le disposizioni* in nuove norme che le "riscrivano" direttamente⁵³, ma solo adattare le disposizioni alle situazioni concrete, *nel segno non della trasformazione dei tipi, dunque, ma della loro mera concretizzazione sui casi*: per es. quali sono le forme di associazione interna e quali gli accordi del semplice arruolato, quali tipologie di fatti integrano il "grave danno" che l'azione terroristica ha di mira, quale lesività oggettiva (tipologie di pericolo) è richiesta per le singole incriminazioni, quale la *ratio* tipizzante il dolo specifico rispetto alla direzione oggettiva degli atti tipici dei delitti di attentato etc. Il tutto nel quadro di una applicazione costituzionalizzante: tassatività, offensività, colpevolezza, responsabilità personale, eguaglianza/differenziazione, *extrema ratio*, funzione risocializzante, dignità umana etc. Bisogna ricordarli questi principi, perché non sono mai scontati.

Affidare alla *magistratura* troppe risposte ne segna inevitabilmente il destino di sovraesposizione istituzionale, funzionale all'assenza di scelte da parte del potere legislativo. Il suo successo, in questo contesto, rischia come sempre di essere direttamente proporzionale alla debolezza della politica. E dunque la sua funzione minaccia di non essere strettamente giurisdizionale, a causa di quella debolezza. La via d'uscita da questo rischioso cortocircuito è data anche da una chiara delimitazione dei compiti della politica e della giurisdizione: *il doppio binario* di cui abbiamo parlato. Ma a condizione, anche qui, che il livello politico si mantenga nei limiti di un'attività il più possibile compatibile con la pubblicità degli interventi, *ex ante* o (in caso di misure di *intelligence* o di accordi internazionali e di cooperazione giudiziaria) almeno *ex post*, e dunque con la "normale" possibilità delle verifiche anche giurisdizionali proprie dello Stato di diritto.

52 Per una consapevolezza ermeneutica adeguata a tale compito si consenta di rinviare al quadro tracciato in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 1 ss.

53 Per una dettagliata casistica generale, anche se non sul modello dei reati di terrorismo, M. Donini, *Op.ult.cit.* Specificamente sul nostro tema, per una critica alla tesi del "rimodellamento" dei reati di associazione terroristica (tesi sostenuta, per es., da M. Laudi, *Reato associativo e terrorismo: un ruolo importante per il nuovo art. 270-bis cp*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Giappichelli, Torino, 2004, 519 ss., 532), v. le osservazioni critiche di F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 395 ss. Decisivo diventa, al riguardo *un dibattito concreto sui casi*, compito che non possiamo ora affrontare nei limiti di questo intervento, ma che ci ripromettiamo di approfondire prossimamente.

Quanto al *legislatore nazionale*, abbiamo visto da tempo che non sta adottando una politica penale nazionale: le principali riforme introdotte nel 2001, nel 2005 e nel 2015 sono largamente condizionate da eventi, convenzioni o accordi internazionali, anche se appaiono in parte differenziate in contesto europeo⁵⁴. Il tema della sicurezza, in quest'ambito, non è gestito dal Parlamento, ma eterodiretto. L'ossessione e le ragioni della sicurezza come orizzonte totalizzante del diritto penale ci portano progressivamente, senza averlo disegnato in anticipo, al prodotto collettivo di una legislazione pre-orwelliana, dalle misure di prevenzione a quelle penali, agli interventi sul controllo dei dati informatici. Chi avverte il pericolo per la *salus rei publicae* è probabilmente disposto a pagare questo prezzo, che appare molto "democratico". Compito del giurista è di sorvegliare *la tutela dei diritti fondamentali dalla stessa democrazia penale e dalle politiche internazionali*. Fino a oggi non ci siamo riusciti bene, ma abbiamo l'illusione di avere circoscritto le violazioni o le criticità a qualche settore dove regnano il terrore e la violenza. Che tuttavia non sia così lo dimostra l'arretramento dell'intervento penale a situazioni di modesto pericolo ancor più anticipato e per fatti non dolosi, ma solo potenzialmente pericolosi, *in tutti gli ambiti delle politiche di sicurezza*⁵⁵. Il reato di pericolo, spesso solo presunto e talvolta meno che presunto, è la forma d'incriminazione più diffusa nel sistema.

Da questo punto di vista la *disciplina* del terrorismo non pare una vera eccezione allo spirito del tempo, mentre è conclamata la sua pericolosità come *fenomeno* attuale, e non potenziale, a differenza di altri ambiti della politica criminale e penale.

54 Cfr. le opere di F. Galli, M. Zöller, M. Cancio Meliá, Di Stasio cit. *retro* a nota 23.

55 Ambiti vastissimi. Sia consentito al riguardo rinviare agli atti del Convegno internazionale sul tema *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bup, Bologna, 2009.