

FACOLTA' DÌ GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DÌ DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

**LEGISLAZIONE ANTI-TERRORISMO E LIMITAZIONE DEL
DIRITTO DÌ LIBERTA' PERSONALE: I CASI DÌ STATI
UNITI, GRAN BRETAGNA E SPAGNA**

RELATORE

Ch.mo Prof. Damiano Nocilla

CORRELATORE

Ch.mo Prof. Andrea De Petris

CANDIDATO

Armando Pascale

085153

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

**LEGISLAZIONE ANTI-TERRORISMO E LIMITAZIONE DEL
DIRITTO DI LIBERTÀ PERSONALE: I CASI DI STATI UNITI, GRAN
BRETAGNA E SPAGNA**

INDICE..... P.2

INTRODUZIONE E PREMESA METODOLOGICA: LA DIALETTICA FRA

SICUREZZA E LIBERTÀ CIVILI NELLA STAGIONE DEL TERRORISMO..... P.6

CAPITOLO I

**GLI STATI UNITI E LA GUERRA AL TERRORISMO: UNA CRITICA
COSTITUZIONALE ALLA NORMATIVA ANTI-TERRORISMO E IL RUOLO DELLA
CORTE SUPREMA SUL “CASO GUANTANAMO”**

1.1 La legislazione dell'emergenza negli Stati Uniti dopo gli attentati dell'11
Settembre..... P.16

1.2 Il *Patriot act* e il *Bill of Rights*: una dicotomia insanabile?..... P.29

1.3 “Caso Guantanamo”: inquadramento teorico..... P.42

1.4 Una disamina critica della Giurisprudenza della Corte Suprema sul caso
Guantanamo..... P.60

1.4.1	La sentenza Rasul.....	P.64
1.4.2	La sentenza Hamdi.....	P.70
1.4.3	La sentenza Padilla.....	P.76
1.5	Bilancio dell'attività della Corte Suprema sul "caso Guantanamo": dal " <i>legal black hole</i> " alla restaurazione delle Libertà violate.....	P.81

CAPITOLO II

IL RAPPORTO TRA IL QUADRO NORMATIVO DELLA GRAN BRETAGNA IN MATERIA DI LOTTA AL TERRORISMO E LO HUMAN RIGHTS ACT. I COMPLESSI PROBLEMI SOLLEVATI DALLA "DICHIARAZIONE D'ILLEGITTIMITA'" DEI LAW LORDS NEL "CASO BELMARSH"

2.1	La legislazione anti-terrorismo del Regno Unito alla vigilia dell'11 settembre come complessa sedimentazione normativa.....	P.93
2.2	Il <i>Prevention of Terrorism Act 2001</i> e la sospensione dell'Art.5 della CEDU.....	P.105

2.3 L'impatto dello <i>Human Rights Act 1998</i> nell'ordinamento del Regno Unito e la tensione tra la CEDU e l' <i>Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001</i>	P.117
2.4 L'affermazione dell'autorità giudiziaria nel Caso dei detenuti di Belmarsh.....	P.135
2.5 L'evoluzione della normativa anti-terrorismo a seguito della sentenza della <i>House of Lords</i>	P.147

CAPITOLO III

LA LOTTA AL FENOMENO TERRORISTICO NELLA COSTITUZIONE E NELLA LEGISLAZIONE IN SPAGNA

3.1 L'evoluzione della normativa anti-terrorismo in Spagna dalla "transizione democratica" al 2001. L'endemicità del fenomeno terroristico nella Costituzione del 1978.....	P.153
3.2 L'evoluzione della normativa anti-terrorismo in Spagna in seguito all'emergenza del terrorismo internazionale.....	P.175

3.3 La “Dottrina Parot” e l’introduzione in via pretoria di misure lesive della
libertà personale: cenni..... P.187

CONCLUSIONI..... P.194

BIBLIOGRAFIA..... p.210

INTRODUZIONE E PREMESSA METODOLOGICA: LA DIALETTICA FRA SICUREZZA E LIBERTÀ CIVILI NELLA STAGIONE DEL TERRORISMO

La prima decade del XXI secolo ha sperimentato l'ascesa del terrorismo internazionale quale nuova potenziale minaccia globale. In particolare, i drammatici attentati dell'11 Settembre 2001 hanno dato adito ad una serie di provvedimenti reciprocamente correlati, i quali non possono non sollecitare l'attenzione del giurista, e in particolare del costituzionalista. Se è vero che la reazione della comunità internazionale a tali eventi ha prodotto nuove riflessioni in ambito internazionalistico con particolare riguardo ai diritti umani e alla natura della "guerra al terrore", altrettanto deve affermarsi in relazione agli interventi normativi e giurisprudenziali approntati dagli ordinamenti interni degli Stati tesi a difendersi dalla nuova minaccia. Tale "legislazione dell'emergenza" ha profondamente inciso sul tessuto normativo di varie branche del diritto. Tuttavia essa coinvolge trasversalmente problematiche di natura costituzionale, nella misura in cui vengono intaccate le libertà fondamentali, e in particolare, il diritto di libertà personale.

L'obiettivo di questo lavoro costituisce nel condurre un'indagine sincronica e diacronica sulle principali questioni giuridico-costituzionali sollevate dalle legislazioni anti-terrorismo di alcuni ordinamenti nell'attuale momento

storico. L'ipotesi che ci si propone di verificare è se, a fronte dei recenti interventi legislativi, negli ordinamenti oggetto di studio, vi sia stata un'effettiva compressione dei fondamentali diritti di libertà personale. In questo senso, l'analisi verterà sui "diritti", al plurale, perché alla "libertà personale" non verrà conferita una nozione statica e minimale, ma verrà bensì preferita un'analisi a "spettro ampio"¹. Corollario di questa premessa è che il diritto di libertà personale, definito da una lunga tradizione accademica come libertà negativa di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico², verrà assunto a antecedente logico-ontologico di un'ampia gamma di diritti tutelati da numerose Carte costituzionali e Dichiarazioni dei diritti³. Libertà di associazione, libertà di espressione, libertà di circolazione, diritto alla *privacy*,

¹ Per un'ampia disamina critica del concetto teoretico-giuridico di libertà personale, si vedano le fondamentali voci: A.PACE e D.PICCIONE, *lineamenti dei diritti di libertà: la libertà personale in Valori e principi del regime repubblicano*, Roma, 2006; L.ELIA e M.CHIAVARIO, *La libertà personale*, Torino, 1977; G.FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale in Diritti costituzionali*, Torino, 2006; A.BATTAGLIA, *La libertà personale dei cittadini nelle Carte Costituzionali* di in *Metodi e concetti di storia costituzionale*, Roma, 1947; M.SCAPARONE *La libertà personale* in ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, Roma, 1993; A.NENCINI, *La libertà personale* in IL NUOVO PROCESSO PENALE, Milano, 1991; P.BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; V.GREVI *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale*, in *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, Milano, 1977; G.AMATO, *La libertà personale* in *La tutela del cittadino*, Roma, 2008.

²A.PACE, *Libertà personale* (voce) in *Enc. dir.* pp 728. E ss.

³Nonostante alcuni prototipi storici rilevanti, il *bill of rights* statunitense può essere considerato una prima ampia *summa* della tutela della libertà personale declinata nelle sue multiformi accezioni: vengono in rilievo a questo proposito il IV emendamento (che garantisce l'individuo contro perquisizioni arresti e confische irragionevoli), il V emendamento (concernente il giusto processo) e il VI (garanzia del diritto alla difesa, necessità di un processo penale e pubblico con giuria per l'irrogazione delle pene). La garanzia del diritto di libertà personale, a partire dalle esperienze costituzionali francesi e statunitensi assurgerà a contenuto indefettibile di tutto il costituzionalismo ottocentesco, qualificandosi come "libertà negativa", ovvero sfera di libertà dell'individuo intangibile dall'arbitrio dei poteri dello stato.

e anche diritto al *due process of law* sono nozioni reciprocamente intersecanti che costituiscono una estrinsecazione fenomenologico-giuridica della libertà personale⁴.

Tale lavoro si concentrerà prevalentemente sull'evoluzione dei tre seguenti ordinamenti statuali: Stati Uniti d'America, Gran Bretagna e Spagna⁵. Gli ordinamenti citati sono stati chiamati a rispondere a minacce definite "eccezionali", in una logica di istinto di auto-conservazione, con misure parimenti "eccezionali"⁶. In questo senso è possibile richiamarsi all'analisi della dottrina tedesca sul tema della "democrazia protetta"⁷. Tale dottrina si sviluppa secondo un triplice filo conduttore⁸. Il primo è dato dalla protezione della democrazia nei confronti della maggioranza, protezione che si è storicamente espressa negli istituti della rigidità della Costituzione e nei limiti

⁴Questo reciproco intersecarsi dei diritti fondamentali lo si ritrova in ampia misura nel pensiero e nella letteratura anglo-sassone, si veda in particolare *La libertà personale e il costituzionalismo statunitense* di MICHAEL KAMMEN in *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno* (a cura di) T.BONAZZI. Si tratta tuttavia di una corrispondenza biunivoca tra diritti che viene ormai considerata pacifica, come sopra esplicitato, dai maggiori costituzionalisti della tradizione accademica nostrana.

⁵ La scelta di questi tre ordinamenti non è casuale. Si tratta dei tre stati che hanno subito i più clamorosi attacchi terroristici degli ultimi anni; in rigoroso ordine cronologico: l'attentato dell'11 Settembre 2001 al World Trade Center di New York e al Pentagono di Washington D:C, l'attacco alla stazione ferroviaria Atocha di Madrid dell'11 Marzo 2004 e infine l'attacco al sistema di trasporto locale di Londra del 7 Luglio 2005. Tutti gli attentati terroristici cui si è fatto sopra riferimento, vengono attribuiti ad *Al Qaeda*, un'organizzazione transnazionale terroristica fondata sulla base ideologica del fondamentalismo islamico.

⁶G.DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, Milano, 2005

⁷In letteratura sul punto cfr. ORTINO, *L'esperienza della costituzionale di Karlsruhe* e LOEWENSTEIN, *Political powers and governmental process*, anche se i testi si occupano più specificamente dei partiti anti-sistema.

⁸T.GROPPI (a cura di), *Introduzione in Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006. Cfr. pp. XI e ss.

espliciti o impliciti di revisione della stessa. Il secondo è quello della “repressione degli abusi dei diritti”, ovvero dello sviamento prodotto dalla fruizione degli strumenti giuridici dell’ordinamento da parte di movimenti anti-sistema che negano i valori espressi dall’ordinamento, questo si esprime ovviamente in una limitazione di quegli stessi diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento. Il terzo è quello della repressione degli atti illeciti delle minoranze violente e si appoggia sulle clausole di sospensioni dei diritti fondamentali presenti in alcuni testi costituzionali e, talvolta, sul parametro della necessità. Dunque, qualora si voglia assumere tale dottrina a fondamento dell’analisi di tale lavoro, è possibile sin da ora anticipare che, gli strumenti interni di *enforcement* apprestati dagli Stati ricadono in questo terzo paradigma. Difatti, l’introduzione della legislazione anti-terrorismo non sembra porre in rilievo tanto il tema della democrazia, quanto la difesa dell’ordinamento complessivamente considerato⁹. Si potrebbe anche teorizzare che la metaforica “guerra al terrore” integri un quarto paradigma dotato di una sua autonomia concettuale, derivata dal paradosso, secondo cui l’ordinamento, per tutelarsi finirebbe per auto-negarsi nel suo nucleo essenziale.

⁹E si intende, ovviamente, difesa da quei “nemici”, operanti a livello interno ed internazionale che negano i valori fondanti della sintesi politico-costituzionale comuni agli ordinamenti democratici.

Ciò premesso, prescindendo in tale sede da questioni spiccatamente dottrinarie, in tale lavoro ci si prefigge l'obiettivo di focalizzare l'attenzione sullo specifico nesso causale tra limitazione dei diritti civili e tutela della sicurezza. La dialettica tra questi due termini si è presentata in multiformi sfaccettature in ogni tempo e ad ogni latitudine¹⁰, e si arricchisce di un esempio notevole anche nell'attuale contesto storico¹¹. Tuttavia, questa dialettica, tende a risolversi più propriamente nel "bilanciamento" di beni giuridici di rilevanza costituzionale, come appare ancor più evidente se si riconosce anche alla sicurezza la qualità di valore supremo implicito ad ogni ordinamento¹². L'obiettivo di ottenere "sicurezza" senza compromettere i diritti è ricorrente in sede nazionale ed internazionale, ma benché di facile asserzione, si presenta di problematica attuazione, in quanto di fronte a

¹⁰Il fenomeno si è presentato costantemente in diverse forme nel corso della Storia assumendo aspetti talvolta aberranti. Si pensi alle gravissime limitazioni dei diritti di libertà avvenute in passato negli Stati Uniti per fronteggiare situazioni emergenziali, come l'internamento di migliaia di cittadini americani di origine giapponese teso ad evitare che questi fossero coinvolti in azioni di spionaggio per conto della "madrepatria"; Sospetti peraltro, rivelatisi infondati. In Europa, la nuova Costituzione spagnola del 1978 è nata sotto l'egida dell'endemicità del terrorismo basco prevedendo adeguati meccanismi preventivi di limitazione della libertà per ragioni di sicurezza pubblica. In Gran Bretagna numerosi sono stati gli interventi sul tessuto normativo garantistico nel periodo di maggiore *escalation* del terrorismo nordirlandese. Effetti meno abnormi e a noi più prossimi sono quelli riconducibili alla normativa emergenziale italiana che ha inciso sul nostro sistema penale e processuale, una prima volta durante gli anni di recrudescenza del terrorismo politico negli "anni di piombo", e una seconda volta per contrastare l'aggressione alle istituzioni statali da parte delle organizzazioni di stampo mafioso al principio degli anni'90

¹¹G.DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, cit. pp.1 e ss.

¹²Per un'opinione minoritaria sulla natura ontologico-giuridica della sicurezza si veda il saggio di MICHAEL ROSENFELD in *Democrazia e terrorismo* a cura di TANIA GROPPI, nella cui analisi ermeneutica della giurisprudenza statunitense si "degrada" la sicurezza a "interesse diffuso". Cfr. pp. 121 e ss.

pericoli estremi quali quelli che presenta il terrorismo, solo misure radicali sembrano idonee, anche se non a scongiurarne le conseguenze, almeno a limitarle. Ecco allora, che le operazioni di bilanciamento divengono problematiche, producendo vistose aporie all'interno degli ordinamenti. Per di più, si assiste ad una vistosa assuefazione ad una situazione ritenuta ormai endemica: ad una minaccia esterna eccezionale, si reagisce con fonti ordinarie tendenzialmente non temporanee. Si tratta del fenomeno che è stato efficacemente definito "normalizzazione dell'emergenza"¹³, esso trasforma surrettiziamente lo stato di emergenza da fattore legittimante di una normativa eccezionale, a *status* permanente, virtualmente affrontabile con norme che non integrandosi nel sistema normativo ordinario, finiscono di fatto per eroderne alla base le garanzie fondamentali che costituiscono l'indefettibile contenuto di ogni sistema democratico. Ciò indica che la minaccia terroristica viene considerata come permanente, in quanto connaturata all'attuale stato dei rapporti tra la comunità internazionale e i gruppi e le organizzazioni non statali che si muovono nel suo ambito. La situazione di pericolo è di fatto assorbita dalla sfera della quotidianità¹⁴. E' proprio dalla riconduzione al quotidiano di ciò che dovrebbe apparire inconciliabile con la normalità della quotidianità che discende il ricorso a fonti ordinarie per affrontare l'emergenza terroristica nei suoi risvolti interni. La

¹³G.DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, cit.pp.1 e ss.

¹⁴G.DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, Milano, 2005 cit. pp.1 e ss.

“normalizzazione dell’emergenza” comporta l’uso delle fonti ordinarie e in particolare della legge nella generalità degli ordinamenti, compresi quelli che avrebbero a disposizione nello strumentario costituzionale regimi giuridici derogatori dei diritti in connessione alla gestione delle emergenze. L’utilizzo di tali strumenti costituirebbe un deterrente per i poteri pubblici che si troverebbero vincolati ad affrontare l’emergenza solo qualora ricorrano situazioni tassativamente predeterminate e per un periodo transitorio. Si potrebbe, allora, essere tentati di affermare che nell’attuale stagione i diritti di libertà abbiano imboccato la fase discendente della loro parabola: dalla loro affermazione sullo scenario giuridico-politico avvenuto con le grandi rivoluzioni e con il costituzionalismo classico, passando per la fase delle codificazioni internazionali quali diritti umani, si è avviato un percorso che conduce ad affermare la recessività dei diritti e delle garanzie nei confronti del bene “sicurezza”.

Si tratta di un processo tuttavia in larga parte ancora *in fieri* e dagli esiti difficilmente prevedibili. Un dato è però certo, in una prospettiva *de jure condendo* il “legislatore dell’emergenza” non potrà esimersi dal controbilanciare l’esigenza collettiva della sicurezza e della repressione dei fenomeni di stampo terroristico con alcuni paradigmi idealtipici: la configurazione sufficiente degli interventi limitativi alla libertà, l’inevitabilità, la proporzionalità in relazione al pericolo. Si tratta dei principi fondamentali

dello stato di diritto, consacrati nelle Costituzioni occidentali, che ove intaccati porterebbero il legislatore a porre in essere gravi aberrazioni giuridiche. È pacifico che ove il legislatore non adempia correttamente questi oneri, la sua azione si porrà al di fuori del quadro costituzionale e toccherà agli operatori, e *in primis* alla giurisprudenza costituzionale, ricondurre tali interventi nell'alveo della legalità (*rectius* della legittimità costituzionale) e reintegrare il precetto costituzionale violato. Tuttavia, è chiaro che ciò accade in forme e modi diversi da ordinamento a ordinamento. Si considerino i Paesi che costituiscono il paradigma di una tradizione giuridica che definiamo *common law*: gli Stati Uniti d'America e la Gran Bretagna. Nei primi il *judicial review of legislation* fornisce ad ogni giurisdizione un formidabile strumento di reazione agli arbitri della legislazione e di tutela della garanzia dei diritti individuali. Nel Regno Unito, dove pure si sono manifestate secoli addietro le fasi embrionali della "giustiziabilità delle libertà" (e addirittura, potrebbe aggiungersi, di quello che oggi definiamo "controllo di costituzionalità delle leggi")¹⁵, i giudici faticano oggi ad assurgere a ruolo di contropotere forte nei confronti dell'onnipotenza del Parlamento, "rafforzata" anche dall'assenza di una Costituzione formale scritta¹⁶.

¹⁵Il *Bonham's case*, risalente al 1610, viene considerato l'antesignano di quel controllo di costituzionalità delle leggi conosciuto nella maggior parte degli ordinamenti, ma che, curiosamente, non ha saputo affermarsi in quello stesso ordinamento che ne ha mostrato la genesi.

¹⁶Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, i termini della questione si presentano attualmente mutati in seguito all'entrata in vigore dello *Human Rights Act nel 1998*. Cfr. *Cap. II*

Il processo di “normalizzazione dell'emergenza” sembrerebbe favorire il passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”. Nell'equilibrio fra sicurezza e libertà la prima ha assunto ovunque un ruolo dominante e comunque assai più incisivo di quanto non fosse prima degli eventi del Settembre 2001¹⁷. Dato comune della più recente normativa antiterrorismo è offerto da misure di aggiornamento e aggravamento delle fattispecie di reato e delle pene, dall'incremento dei poteri investigativi di polizia, dalla limitazione più o meno estesa dei diritti degli indagati ivi compresa la loro libertà personale fino a giungere a detenzioni a tempo indeterminato senza processo, dalla vistosa riduzione delle garanzie giurisdizionali. L'impressione complessiva è che finché permanga la situazione internazionale di conflitto o di grave tensione con evidenti rischi di una sua ripercussione interna, la legislazione limitativa dei diritti sembra essere destinata a divenire strumento ordinario di negazione dei principi dello Stato di diritto. Il baricentro della garanzia di tali principi sembra spostarsi dunque finirà sulla consistenza ed efficacia dei controlli affidati alle giurisdizioni.

¹⁷I concetti “Stato di diritto” e “Stato costituzionale” non sono sinonimi, benché il secondo presupponga in qualche modo il primo. Come è noto, lo stato costituzionale costituisce un'innovazione frutto del movimento costituzionalista diffusi in Europa tra il XVIII e il XIX secolo. Con le costituzioni emanate in quel periodo trovano la loro piena realizzazione quei principi di libertà individuale che costituivano il sostrato ideologico della stessa temperie costituzionale. In quella fase del costituzionalismi, i diritti vengono intesi precipuamente quali “libertà negative”, ovvero come disposizioni meramente ricognitive di una zona d'intangibilità dell'individuo nei confronti del potere pubblico. Con l'evoluzione del costituzionalismo, questo basilare impianto teorico si è andato ad arricchire di nuovi elementi. Con la recente ascesi dell'emergenza terroristica quei principi del costituzionalismo liberale sembrano assumere un ruolo recessivo nei confronti dei poteri pubblici, deputati a soddisfare l'esigenza di sicurezza dei consociati.

Una annotazione finale appare necessaria per completare il *background* che si è fin qui esposto: l'indagine comparativa sulla compressione dei diritti di libertà negli ordinamenti presi in considerazione non potrà prescindere da contributi afferenti alle diverse branche del diritto. Nondimeno, lo strumentario concettuale dello studioso del solo diritto nazionale si rivelerà insufficiente per un'adeguata comprensione del fenomeno in questione che disciude problematiche affatto nuove e che trascendono le categorizzazioni manualistiche nazionali. L'indagine svolta con metodo giuridico necessiterà, inoltre di essere coniugata con spunti politologici che tuttavia resteranno costantemente sullo sfondo. Non si può dimenticare, infatti, che gli eventi in atto sono l'antecedente fattuale di fenomeni giuridici sostanzialmente irripetibili e pertanto tali da disvelare ancora una volta l'attributo dell'"eccezionalità". Particolare attenzione verrà data alla giurisprudenza delle supreme giurisdizioni, il cui ruolo, lo si è accennato, si è sovente tradotto in un momento di razionalizzazione del sistema.

CAPITOLO I

GLI STATI UNITI E LA GUERRA AL TERRORISMO: UNA CRITICA COSTITUZIONALE ALLA NORMATIVA ANTI-TERRORISMO E IL RUOLO DELLA CORTE SUPREMA SUL “CASO GUANTANAMO”

1.1 La legislazione dell'emergenza negli Stati Uniti dopo gli attentati dell'11 settembre

Gli avvenimenti dell'11 settembre 2001 hanno costituito il punto di partenza fattuale, *l'occasio legis*, di un composito intervento sul *corpus* normativo statunitense. La normativa emergenziale si è estrinsecata in provvedimenti legislativi ordinari del Congresso (quali *l'Usa Patriot Act* e *l'Homeland Security Act*) e svariati *orders* presidenziali emanati perlopiù in accordo all'attribuzione costituzionale di Comandante in capo delle forze armate (paradigmatico il *military order* sottoscritto il 13 novembre 2001, destinato a far venire meno il complesso sistema di garanzie processuali riconosciute dai sistemi di *common law*, anche se solo nei confronti di “*who is not a United States citizen*”, rispetto al quale “*there is reason to believe*” che si tratti di persona legata ad *Al Qaeda* o comunque “*engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of International terrorism, or acts in preparation therefor*”, secondo il

criterio probatorio per cui gli elementi “*have probative value to a reasonable person*”). A questi si aggiungono altri provvedimenti “minori”, che potremmo definire impropriamente “decreti” dell’*US Attorney General* (in tema di rapporti tra avvocati e clienti e, più in generale, di soggetti detenuti a vario titolo). Questi provvedimenti sono stati ispirati ad eterogenei criteri direttivi come è testimoniato dall’*Usa Patriot Act* (infelice acronimo di *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*), baricentro normativo di questo complesso sistema *extra ordinem* che ha intaccato i fondamenti di civiltà giuridica su cui si reggeva l’edificio ordinamentale americano. Sarà proprio questa legge, di cui si esporranno sommariamente le linee guida, a costituire il fulcro dell’indagine sulla compressione dei fondamentali diritti di libertà, premettendo difatti fin da ora, che essa costituisce il modello idealtipico di quel paradosso logico-giuridico per cui gli ordinamenti democratici occidentali si sono trovati nell’impossibilità di difendere la libertà nel rispetto della stessa, decretandone, forse, la più grave sconfitta.

Il citato *Patriot Act* (approvato nel novembre 2001 dopo solo due giorni di dibattito parlamentare) costituisce l’intervento maggiormente articolato e, si vedrà in seguito, dai connotati ampiamente disorganici, destinato a produrre effetti incisivi e duraturi sui diritti dei singoli. Il

provvedimento è, infatti, redatto con una singolare tecnica, tesa ad astrarre il contenuto normativo da situazioni specifiche ben determinate. Essa recide ogni criterio di collegamento con la realtà fattuale al precipuo scopo - come sarà dimostrato nel seguito della trattazione - di renderne più ardua ogni operazione ermeneutica e, in definitiva, impossibile ogni correttivo del *judicial review*.

Il presupposto politico-teorico (*rectius, la ratio legis*) si fonda sull'assunto generico ed onnicomprensivo che prima dell'11 settembre gli apparati investigativi facenti capo all'esecutivo (come ad esempio l'FBI) fossero in gran parte "imbrigliati" da ostacoli normativi di stampo garantista¹⁸. Tale normativa dunque avrebbe ostacolato sia le attività relative alla tutela della sicurezza nazionale che allo svolgimento delle indagini penali¹⁹. "L'ecletticità" del provvedimento in esame risulta prepotentemente dall'inciso che chiude il preambolo definitorio della legge: "*An Act to deter and punish terrorists act in the United States and*

¹⁸L'atmosfera in cui è maturato l'Act è incisivamente esemplificata dalle parole dell'*Attorney General* relative al contesto *ante* 11 settembre: "gli uomini e le donne dell'FBI che lavorano sul campo sono frustrati a causa delle molte restrizioni interne che hanno ostacolato la nostra capacità di combattere il terrorismo. Le vigenti linee guida investigative hanno contribuito a creare questa frustrazione"

¹⁹Non è superfluo osservare come la polemica sulle "restrizioni" imposte all'azione dell'FBI, suona come una specie di rivincita rispetto al ridimensionamento delle attribuzioni dei mezzi d'indagine imposto, verso la metà degli anni settanta del secolo scorso, dopo lo scandalo del Watergate, per porre un freno agli abusi ed alle discriminazioni operate dall'FBI stessa nei decenni precedenti nello svolgimento di funzioni prevalentemente "antisovversive" e, prima ancora anticomuniste, a discapito di quelle più "neutre" di polizia giudiziaria.

around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes".²⁰ Il riferimento agli "altri propositi" sta proprio ad indicare una miscellanea di statuizioni trasversali confluite nel provvedimento, con l'effetto di minare quel "principio di tassatività" che ben si dovrebbe confare ad interventi normativi sostanzialmente, ma non ontologicamente, "eccezionali" quale quello in questione. Il principio di tassatività non si esaurisce in una mera petizione di principio, ma al contrario, pur non godendo in materia di legislazione penale di un formale riconoscimento costituzionale (a causa della ripartizione delle competenze in materia penale tra la Federazione e gli Stati membri), costituisce un indiscusso patrimonio acquisito dalla tradizione giuridica di *common law*. E difatti, il legislatore penale federale ha sempre congegnato i reati in omaggio a tale principio col sostanziale avallo della giurisprudenza della corte suprema²¹.

Si può dire che il *Patriot act* porti alle sue estreme conseguenze l'usuale tecnica di configurazione delle leggi penali federali, consistente in una previa descrizione delle condotte e in una successiva definizione dei termini utilizzati²²

²⁰*USA Patriot Act of 2001*, Preambolo

²¹*Calder vs Bull* 3 U.S 386 (1798), *Smith vs Doe* 538 U.S 84 (2003)

²²La comprensione effettiva di molte norme ne risulta a tal punto pregiudicata che, il generale Clark, ex comandante delle truppe della NATO durante la guerra in Kosovo, ha proposto di organizzare

La *Section I* del *Patriot Act* si articola in dieci titoli. Il primo titolo è dedicato al potenziamento, anche in termini di finanziamenti, della *domestic security* in chiave antiterroristica, mentre il secondo afferisce al settore della sorveglianza delle comunicazioni via cavo, orali, ed elettroniche. La lesione del diritto alla *privacy* appare lampante sia nell'attribuzione al *grand jury* del potere di divulgare informazioni, in precedenza destinate a rimanere segrete, ad alcuni organi di polizia federale tra cui l'INS (*Immigration and Naturalization Service*) e alla CIA, alla quale per la prima volta vengono contestualmente attribuiti poteri di *domestic surveillance* (sec.203), con tale norma poi, si consente di non informare l'interessato della perquisizione effettuata (precludendogli così di attivare tempestivamente ogni verifica di legittimità) (sec.213), si estendono modalità e strumenti di intercettazione (sec.214), semplificando, se non degradando al ruolo di mere formalità, prive di ogni possibilità di controllo preventivo, le autorizzazioni da parte dell'autorità giudiziaria (che non è neppure quella ordinaria bensì la *Foreign intelligence surveillance court*, un organo "speciale", istituito nel 1978, le cui decisioni sono segrete) consentendo il sequestro di ogni "cosa tangibile" utile ai fini delle indagini in materia di antiterrorismo o

delle *bookmobiles*, biblioteche mobili che percorrano in lungo e in largo l'intero territorio nazionale per distribuire alla popolazione copie del *Patriot Act*, al fine di renderne intellegibili le oscure implicazioni.

di attività clandestine di *intelligence*. Si tratta sempre, è bene sottolinearlo, di norme ad amplissimo spettro, virtualmente idonee ad essere applicate a fattispecie “bagattellari”²³. Inoltre con tale atto ad essere pregiudicata è anche la *electronic privacy*²⁴, attraverso la possibilità di ordinare agli *internet service providers* di rendere note informazioni sui clienti e sull’oggetto delle comunicazioni da questi effettuate e di rendere accessibili agli investigatori le liste dei siti internet consultati nelle biblioteche pubbliche (sec.215); viene inoltre estesa la disciplina “semplificata” delle autorizzazioni alle intercettazioni di *emails* (sec.216) e abolito il requisito per cui la ricerca di informazioni relative allo spionaggio straniero dovesse essere l’unico scopo di perquisizioni ed intercettazioni (sec.218), potendo ora costituire uno degli scopi consentiti. Il terzo titolo contiene disposizioni in materia di riciclaggio a scopo di finanziamento di gruppi terroristici e l’introduzione di controlli più incisivi sulle transazioni bancarie, mentre il quarto, intitolato “*Protecting the borders*” è dedicato alle restrizioni in tema di immigrazione, tra le quali si ricorda la sec. 412 relativa alla “detenzione obbligatoria di sospetti terroristi”. Il quinto si occupa di “*removing*

²³Risultano ad esempio sequestrabili schede di prestito librerie e ricevute di libri acquistati.

²⁴La Corte suprema ha enucleato una nuova forma di libertà personale: la libertà informatica. In una sentenza del 1997 con cui veniva dichiarata la parziale incostituzionalità del *Communications Decency Act* veniva messo in risalto il profilo della libera manifestazione del pensiero, come garantita dal I emendamento, e in subordine, quello relativo alla riservatezza e segretezza della comunicazione.

obstacles to investigating terrorism”, prevedendo, tra l’altro, taglie più cospicue per i ricercati (sec.502), e istituendo una banca dati del DNA dei presunti terroristi (sec.503). Il sesto titolo si occupa delle vittime e dei loro familiari, il settimo è indirizzato al potenziamento dello scambio di informazioni tra organismi federali, statali e locali²⁵. L’ottavo titolo, volto a “rafforzare la legislazione penale contro il terrorismo” riformula, ampliandola, la definizione di “reato di terrorismo”, aggiungendovi *ex novo* la fattispecie di *domestic terrorism* (sec.802), la cui definizione, irrispettosa dei più elementari canoni di sufficiente determinatezza della fattispecie, configura una serie di attività dai contorni abbastanza vaghi. Nel commento di questa disposizione taluno ha tentato di introdurre un concetto teorico, del tutto speculare ad altri precedentemente esaminati che è quello della “ubiquità dell’emergenza”²⁶. Esso altro non è se non un corollario di quella “normalizzazione dell’emergenza” che si è visto essere l’aspetto patologico dell’ordinamento che si difende. Tale concetto riflette l’efficacia espansiva potenzialmente indeterminata ed indefinita di una sequela di numerose norme general-preventive, che si

²⁵V.FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l’Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e “effetti collaterali”* in *Ques. Gius.*, Roma, 2004. Il saggio mette in evidenza come questo tema, nel dibattito pubblico statunitense, fosse tradizionalmente considerato come un settore oggettivamente carente, il cui tessuto normativo avrebbe necessitato un autonomo ripensamento anche in riferimento alla criminalità comune.

²⁶V.FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l’Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e “effetti collaterali”* in *Ques. Gius.*, Roma, 2004 cfr. pp. 283 e ss. ; G.DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, Milano, 2005

presterebbero a reprimere mere forme di disobbedienza civile²⁷. Quanto ai due ultimi titoli del *Patriot Act*, il nono riguarda il potenziamento delle strutture di *intelligence*; l'ultimo contiene invece una congerie di disposizioni finali.

La *section 2* del *patriot act* sembra apprestare una sorta di blindatura, una fitta rete di "compartimenti stagni" tra una cellula e l'altra del *corpus* legislativo onde evitare che la magistratura più sensibile al *civil libertarianism* ponga in essere alterazioni che possano compromettere il funzionamento complessivo del sistema²⁸.

Una caratteristica peculiare del *Patriot Act* è quello di essere intessuto di tecnicismi, che ne rendono estremamente ardua la lettura e la comprensione da parte dei "laici". Difatti, la lunghezza e il contenuto variegato si saldano con una complessa tecnica redazionale, che si manifesta in maniera palpabile nella sezione relativa alle intercettazioni di comunicazioni orali, via cavo ed elettroniche (una materia che incide pesantemente sul diritto alla privacy), densa di prolissità terminologiche. Il tenore della maggior parte degli articoli è poi congegnato attraverso lo strumento della "novella", nella parte in cui questi si limitano ad

²⁷V.FANCHIOTTI non ha mancato di evidenziare come il *Patriot Act* abbia trasformato i confini tra terrorismo e protesta politica in una labile entità dai contorni intangibili.

²⁸V.FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"* in *Ques. Gius.*, Roma, 2004. Cfr. pp. 283 e ss.

aggiungere, togliere, modificare, un aggettivo o una congiunzione da un precedente articolo a lunghe definizioni terminologiche, con evidenti effetti negativi sul principio di certezza del diritto. La stessa definizione di nuovo conio di *domestic terrorism* che, come è ovvio, costituisce uno degli oggetti preponderanti del provvedimento, è relegata nella parte finale dell'*act*, nonostante l'espressione compaia fin dal primo articolo (sec.101).

Da questa sommaria trattazione delle partizioni e dei profili fondamentali del *Patriot Act* emerge *ictu oculi* come esso, lungi dal limitarsi ad apprestare gli strumenti necessari per contrastare il fenomeno terroristico, abbia in realtà configurato un "ordinamento speciale", un "regime speciale *extra constitutionis*", che si è surrettiziamente infiltrato nella sfera giuridica di cittadini statunitensi e stranieri²⁹.

Uno dei campi in cui simile provvedimento ha riverberato più prepotentemente i suoi effetti è quello dell'immigrazione. Innanzitutto tutti gli *immigrants*, anche se muniti di titolo valido per risiedere nel territorio statunitense, sono virtualmente soggetti alle stesse limitazioni della libertà personale applicabili ai soggetti sospettati di essere coinvolti

²⁹V.FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"* in *Questione giustizia*, Roma, 2004

in attività terroristiche.³⁰ Gli *illegal immigrants*, poi, vengono difatti privati di alcuni fondamentali diritti, tanto da poter affermare che tale categoria, risulti, dal punto di vista dell'esecutivo statunitense, assimilabile o quanto meno comparabile, a quella degli *unlawful combatans* (un *genus* sulla cui posizione giuridica si dissenterà ampiamente in seguito)³¹. La degradazione dello *status* giuridico degli *illegal immigrants* è artatamente realizzato privando gli stessi della possibilità di azionare giudizialmente il diritto di difesa. L'attribuzione della cognizione relativa ai provvedimenti di espulsione dal Paese è infatti devoluta all'*Immigration & naturalization service* (INS), le cui attribuzioni vengono notevolmente ampliate con la legge in questione. Si tratta di un organo amministrativo con ampi poteri decisorii in materia di libertà personale anche nei confronti di soggetti che dovrebbero godere dello *status* di "persone sottoposte a procedimento penale" o "imputati"; Si badi che l'INS, anche all'apogeo della sua attività, non è mai entrato nel circuito della giurisdizione, le sue decisioni sono meri "provvedimenti amministrativi" che qualora assumano contenuto lesivo della libertà personale, creano un *fumus* di lesione del VI emendamento

³⁰Non sono mancate, nel dibattito pubblico statunitense, accuse di strumentalizzazione della normativa contenuta nel *Patriot Act* da parte di polizia e *prosecutors*, che ne avrebbero sviato il profilo "discriminatorio" per censurare episodi di criminalità *comune* commessa da immigrati, quali truffe e contrabbando di stupefacenti.

³¹Cap. I par. 1.3

che garantisce agli imputati un processo rapido e pubblico con le annesse garanzie del diritto di difesa e della presenza di una giuria popolare. L'assimilazione delle funzioni di un ufficio amministrativo deputato alla gestione del fenomeno dell'immigrazione, a quelle di un organo giurisdizionale risulta dunque del tutto incongruo e contribuisce a renderne spuria la natura.

L'evoluzione legislativa sopra illustrata è stata poi confermata da una successiva e rilevante modifica a livello di organizzazione amministrativa: infatti, a partire dal 1 marzo 2003³², le funzioni dell'INS sono state assorbite in quelle dell'*Homeland security department* (HSD), un nuovo ministero creato *ad hoc* precipuamente per garantire la difesa del territorio da eventi eccezionali quali attacchi terroristici e disastri naturali.

Con la razionalizzazione delle funzioni dell'HSD si è anche portato a compimento in via di fatto il processo di assimilazione dell'"immigrant" al "sospetto terrorista" (e al nemico combattente), i quali divengono, dal punto di vista dell'ordinamento, categorie del tutto fungibili³³. La

³²Le funzioni dell'INS vengono assorbite dal nascente dipartimento in virtù dell'*Homeland security act* del 25 novembre 2002, che ha costituito la maggiore riorganizzazione dei vertici amministrativi statunitensi dal 1947.

³³Questo processo di assimilazione inizia ovviamente con il *Patriot Act* e si chiude nel giro di un anno e mezzo con l'*Homeland Security Act* e con l'apparire sulla scena del caso Guantanamo. Il giurista americano DAVID COLE mette però in guardia su come la diffidenza verso lo straniero sia un dato

riorganizzazione delle funzioni amministrative connesse alla gestione dell'immigrazione sembra difatti sempre più rispondere alla logica di escludere l'intervento del potere giurisdizionale in materia di tutela della libertà personale, creando una situazione non molto dissimile da quella degli *unlawful combatants*³⁴

Inoltre, una categoria normativa trasfusa nel *Patriot Act* che ne disvela l'attitudine a riesumare "l'antico spettro" dell'"*ethnic profiling*", è quella che si potrebbe definire della "responsabilità associativa"³⁵, questa enuclea una forma di responsabilità oggettiva nella misura in cui un *non-citizen* può essere allontanato dal paese, senza che l'esecutivo fornisca prova dell'esistenza di un nesso tra l'attività di partecipazione ad una organizzazione di stampo terroristico e la ragionevole consapevolezza dell'agente di favorire la perpetrazione di azioni terroristiche (ciò che, in ossequio al fondamentale principio di colpevolezza, era richiesto dalla normativa antecedente). Sulla base delle disposizioni del *Patriot Act* uno straniero può essere espulso dal paese per aver posto in essere attività

costante nella normativa, sia a livello federale che statale, fin dal XIX secolo. L'*ethnic profiling*, dopo aver conosciuto una fase recessiva in seguito al movimento dei diritti civili negli anni '60, sembra oggi essere tornato prepotentemente alla ribalta.

³⁴In merito alla posizione degli *enemy aliens* si veda più diffusamente il Cap. I par. 1.3

³⁵La *section 411* dell' *Usa Patriot Act* persegue le associazioni costituite da stranieri. Questa filosofia propria dell'era McCarthyana, che la Suprema Corte ha sempre condannato come estranea alla tradizione di una società libera e allo spirito del I emendamento, è stata oggetto di un deciso *revirement* negli anni recenti, mascherato, peraltro, dall'asserito tentativo di sottrarre fondi al terrorismo.

lecite, prescindendo dalla prova di una connessione tra la condotta associativa dello straniero ed un qualunque atto di violenza o di terrorismo³⁶. L'associazione è di per se causa di espulsione. In precedenza, gli stranieri potevano essere espulsi per aver preso parte ad attività terroristiche o per aver fornito alle stesse sostegno, ma mai potevano essere deportati per il semplice fatto di essersi organizzati in associazioni. Il governo era chiamato a fornire la prova dell'esistenza di tale nesso (*probable cause*), per cui lo straniero fosse consapevole, o avrebbe dovuto ragionevolmente esserlo, del fatto che la sua attività favoriva la perpetrazione di azioni terroristiche da parte dell'organizzazione stessa. Venuta meno questa necessità probatoria, ne risulta una aberrazione destinata ad ampliarsi esponenzialmente se assunta in combinato disposto con la definizione, piuttosto estesa, di "attività terroristica" contenuta nel *Patriot Act*³⁷.

Queste argomentazioni conducono a sostenere la tesi che il *Patriot Act* ed altri provvedimenti affini³⁸ abbiano creato una "zona d'ombra" senza precedenti all'interno dell'impianto costituzionale statunitense. Secondo

³⁶D.COLE, *Enemy aliens*, in *Stanford law review*, Stanford, 2002

³⁷D.COLE mette in evidenza il paradosso per cui uno straniero possa essere allontanato dagli Stati Uniti per aver fornito aiuto ad un gruppo determinato allo scopo di sconfiggere il terrorismo. Si pensi, ad esempio ad uno straniero che si offrisse di istruire i rappresentanti dell'IRA in vista dei negoziati ed al fine di agevolare il processo di pace in Gran Bretagna onde prevenire nuovi episodi di violenza; egli potrebbe essere deportato come terrorista ove il Segretario di Stato scegliesse di qualificare l'IRA come associazione essa stessa terroristica.

³⁸Ci si riferisce principalmente all'*Homeland Security Act* e al *Military order* del 13 novembre 2001.

la dottrina e la giurisprudenza d'oltreoceano³⁹ più illuminate, si è infatti prodotta una frattura insanabile tra le disposizioni contenute nella normativa anti-terrorismo e le libertà fondamentali consacrate nel “palladio” del costituzionalismo statunitense, il *bill of rights*, ovvero i primi dieci emendamenti al testo costituzionale statunitense, che fin dal 1791 garantiscono un saldo equilibrio tra il potere degli organi federali e le libertà fondamentali degli individui.

1.2 Il Patriot Act e il Bill of Rights: una dicotomia insanabile?

Il *Patriot Act*, può essere considerato, non a torto, l'equivalente, a livello di amministrazione della giustizia penale, della politica perseguita sul piano militare della “guerra preventiva”⁴⁰. In entrambi i casi, come si evincerà dal prosieguo della trattazione, i limiti ai poteri dell'esecutivo sembrano scolorire del tutto.

In realtà, un limite positivo all'espansività di questo impianto legislativo è ancora rintracciabile. Nel caso della guerra preventiva, la pretesa salvaguardia a oltranza dei cittadini americani (*American safety*

³⁹Oltre alle pronunce della Corte Suprema e di alcuni corti inferiori di cui si dirà nei paragrafi successivi, numerosi sono gli studiosi che hanno fortemente criticato i provvedimenti governativi. Si ricordano tra i tanti, D.COLE, R.DWORKIN, M.RATNER, R.MURPHY.

⁴⁰V.FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e “effetti collaterali”* in *Ques. Gius. Roma*, 2004 cfr. pp. 284 e ss.

absolutely first) deve arrestarsi di fronte a quel principio di uguaglianza delle vite umane implicitamente sancito dalla Costituzione degli Stati Uniti (codificato anche nella Dichiarazione universale del 1948, e recentemente sublimato da Dworkin nell'idea di *shared humanity*⁴¹), che costituirebbe l'indefettibile presupposto di ogni indagine teoretica dei diritti umani (argomentazioni che, sia detto di passaggio, per quanto persuasive, rischiano di sconfinare in una mistificazione giusnaturalista, ove non nel mondo del metagiuridico, sfumando ogni riferimento al dato normativo positivo condizionante). Nel caso della giustizia penale, la soglia al di là della quale deve arrestarsi la limitazione delle garanzie individuali giustificata dallo scopo di prevenire ed evitare il ripetersi di attentati, può essere facilmente rintracciata nel *bill of rights*, e in particolare nel IV e V emendamento. Ma la sufficiente chiarezza del limite teorico non consente di acclarare le complesse problematiche che si celano nel groviglio dei 160 articoli del *Patriot act*. Come è stato efficacemente affermato⁴², risulta pressoché impossibile effettuare precise prognosi tra ciò che è lecito e ciò che non lo è, anche con riferimento a specifici contesti situazionali. Analogamente anche la verifica del profilo "costituzionale" del *Patriot act* ad opera delle

⁴¹R.DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, 2002

⁴²VITTORIO FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot act: lotta al terrorismo e effetti collaterali in Questione giustizia*, Roma, 2004 cfr. pp. 285 e ss.

giurisdizioni risulta essere una delicata operazione ermeneutica in cui il giudice è chiamato a fare appello a tutte le complesse risorse interpretative in suo possesso, onde pervenire ad una decisione che risulti essere sempre condizionata da una sorta di “logica situazionale” e mai scevra di elementi di “politicalità”.

E difatti, la lesione del *right to a speedy trial* si presenta forse come la prima fenomenica manifestazione delle aporie normative generate dal *Patriot Act*. E' ardito, ma forse non inverosimile, sostenere che sia immanente nel costituzionalismo statunitense- (ma forse in ogni sistema a costituzione rigida)- un principio che impedisca al legislatore di congegnare testi normativi tali da renderne eccessivamente onerosa, la verifica di costituzionalità⁴³. Tale verifica di costituzionalità viene *de facto* a maggior ragione ad essere elusa in quei sistemi che si definiscono a controllo diffuso, in cui è assente un giudice “specializzato” deputato al controllo di costituzionalità delle norme⁴⁴. Quasi a salvaguardia di questa intrinseca difficoltà di controllo, l'ultimo articolo del *Patriot Act* (d'ora in poi P.A) contiene una curiosa “clausola di conservazione”, in virtù della quale, “qualsiasi disposizione dell'*act* dichiarata invalida o inapplicabile

⁴³VITTORIO FANCHIOTTI, Il dopo 11 settembre e l'*Usa Patriot act*: lotta al terrorismo e effetti collaterali in *Questione giustizia*, Roma, 2004 cfr. pp. 285 e ss.

⁴⁴E' empiricamente verificabile che negli ordinamenti che adottano un controllo di costituzionalità diffuso si verificheranno fenomeni di *self-restraint* più accentuati che altrove.

per i suoi termini, oppure per come viene applicata a qualsiasi persona o circostanza, sarà interpretata in modo da attribuirle il massimo effetto permesso dalla legge, a meno che tale dichiarazione sancisca espressamente l'invalidità o l'inapplicabilità, nel qual caso tale disposizione sarà considerata separabile dal presente *act* e non inciderà sul resto di quest'ultimo né sull'applicazione di tale disposizione ad altre persone che non si trovino nella stessa situazione o ad altre diverse circostanze". Tale norma, l'unica della *section 2* dell'*act*, costituisce un "salvagente" dell'intera struttura legislativa di particolare efficacia. Difatti, come si è evidenziato sopra, tutta la legge è frutto di un complicatissimo reticolo e "intarsi" tra disposizioni eterogenee, per cui, l'isolamento di una singola norma, con l'intenzione di porla a confronto binario con un'altra norma parametro⁴⁵, diviene operazione logica assai ardua, con il precipuo effetto di minare alla radice il principio della certezza del diritto e di comprimere l'eventualità di dichiarazioni di incostituzionalità da parte dei giudici.

Tuttavia, nonostante un iniziale inerzia da parte degli operatori del diritto, si è progressivamente assistito all'avvento dei primi "fuochi di resistenza" allo strapotere dell'esecutivo consolidatosi nell'*act*. La prima

⁴⁵Secondo il collaudato *modus procedendi* di ogni corte costituzionale, ma anche, in questo caso, di ogni giudice che si trovi, *incidenter tantum*, ad effettuare un controllo di costituzionalità di una norma

reazione allo *status quo* legislativo da parte di una giurisdizione federale è datata 22 gennaio 2004⁴⁶. La *U.S District Court, Central District of California* (per bocca del suo relatore Audrey Collins) rileva per la prima volta una parziale incostituzionalità dell'*U.S Patriot Act 2001*. Nella sentenza sul caso *Humanitarian Law Projects c. John Ashcroft*, la norma contenuta nel disposto dell'art.805 (a) 2B del *Patriot Act* diviene oggetto di scrutinio di costituzionalità, positivamente concluso con la disapplicazione della norma in esame. La disposizione pone il divieto di fornire consigli specialistici ed assistenza a gruppi identificati come organizzazioni terroristiche internazionali. La norma innova, per questo aspetto, la disciplina posta dall' *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996 (AEDPA). Tale legge incrimina il comportamento di chi, "*within the United States or subject to the jurisdiction of the United States, knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so*", prevedendo come sanzione una pena pecuniaria ovvero la reclusione o entrambe le misure (art.303). L'art 805 (a) dell'*USA Patriot Act 2001* integra la definizione di "*material support or resources*" già prevista dall'AEDPA (art.323), introducendo (oltre ai termini "*or monetary instruments or financial securities*", art.805 (a) 2A), le parole "*expert advice or*

⁴⁶*Humanitarian Law Projects vs. John Ashcroft and others* 532 U.S 904 (2004)

assistance” (art.805 (a) 2B). In seguito alle modifiche apportate dal *Patriot Act*, per *“material support or resources”* si intende pertanto: *“currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel, transportation, and other physical assets, except medicine or religious material”* (§ 2339A U.S code). Nel caso sottoposto all’esame della Corte, gli attori, cinque associazioni e due cittadini statunitensi, manifestavano l’intenzione di fornire aiuto ed assistenza di tipo pacifico a due gruppi identificati come *“organizzazioni terroristiche internazionali”*, il Partito dei lavoratori curdi (PKK) e le Tigri di liberazione dell’Ealam Tamil (LTTE). Tuttavia, essi si astenevano dal provvedere in favore di tali gruppi, ritenendo di incorrere nel divieto di fornire *“expert advice or assistance”*. Gli attori, convenivano pertanto in giudizio l’*Attorney General*, il *Department of Justice*, il *Secretary of the Department of State*, e il *Department of State* degli Stati Uniti e chiedevano al tribunale un *“summary judgement”* ed un’ingiunzione nei confronti dei convenuti al fine di impedire l’applicazione del divieto. Gli attori lamentavano in giudizio l’incostituzionalità del divieto di fornire *“expert advice or assistance”* essenzialmente sotto tre profili. Rilevavano la violazione del I e del V

emendamento della Costituzione federale trattandosi, a loro avviso, di una disposizione *“impermissibly vague and substantially overbroad”*. La violazione degli emendamenti I e V della Costituzione, secondo i ricorrenti, si fondava sul fatto che la disposizione nello stabilire quali siano le organizzazioni terroristiche internazionali attribuirebbe al Segretario di Stato un *“unreviewable authority”*. Inoltre costoro lamentavano la violazione del I emendamento della Costituzione perché la disposizione incrimina la semplice libertà di espressione, senza richiedere prova dell'intenzione di favorire l'attività di tipo violento o illecito dell'organizzazione. Dal canto loro, i convenuti chiedevano al giudice una *“motion to dismiss for lack of justiciability”*: a loro avviso, non poteva procedersi nel giudizio per carenza dei necessari requisiti. In particolare, gli attori non avevano un *“piano concreto”* diretto a porre in essere il comportamento vietato dalla norma in discussione, e comunque, almeno per la maggior parte degli attori, la loro condotta non avrebbe potuto integrare gli estremi del comportamento punibile, dal momento che gli aiuti dagli stessi offerti non avrebbero potuto considerarsi *“expert”*⁴⁷. Il giudice, dopo aver ascoltato le argomentazioni

⁴⁷Si potrebbe definire, con nomenclatura più prossima al giurista continentale, un potenziale caso di *lis ficta*, ovvero una controversia instaurata senza alcun interesse ad agire che non si risolve nella declaratoria di illegittimità di una norma. Il fenomeno non è ignoto all'ordinamento italiano ed è stato oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale che ha dichiarato inammissibili i ricorsi filtrati dalle *“liti fittizie”* (C.Cost. 169/1964)

degli attori e dei convenuti, ha emesso un giudizio di parziale accoglimento delle richieste di entrambe le parti in causa. Ha infatti accolto la richiesta di *“motion to dismiss”* dei convenuti, però unicamente con riferimento a due degli attori, il *World Tamil Coordinating Committee* e la *Federation of Tamil Sangams of North America*, i quali soli, secondo il giudice, non avevano dimostrato di possedere la *“competenza”* richiesta affinché l’eventuale attività da loro posta in essere integrasse gli estremi del comportamento punibile ai sensi della disposizione più volte citata. Ha invece respinto la richiesta dei convenuti in relazione agli altri attori, ritenendo infondate nei loro riguardi le argomentazioni addotte. Ha quindi accolto le richieste degli attori, tuttavia concordando con le loro motivazioni unicamente con riferimento alla *“vaghezza”* della disposizione in parola. Secondo il giudice, la disposizione del *P.A 2001* è dunque censurabile perché *“impermissibly vague”*; in particolare, essa non distingue tra fornire aiuto pacifico e non violento ed incitamento all’uso della violenza, risultando pertanto generica, in violazione del I emendamento della Costituzione federale che garantisce la libertà di espressione. Conseguentemente, il giudice ha stabilito il divieto per i convenuti, i loro funzionari, agenti, e impiegati di applicare la disposizione del *P.A 2001* che vieta di fornire *“expert advice or assistance”* alle organizzazioni terroristiche

internazionali nei riguardi degli attori, con esclusione dei due per i quali era stata accolta la *“motion to dismiss”*. La medesima corte tuttavia ha successivamente mutato il suo giudizio relativamente a tale ultimo aspetto. Con separata pronuncia del 3 marzo 2004, infatti, in accoglimento delle richieste di integrazione di documentazione e di modifica del giudizio avanzate dalle organizzazioni *World Tamil Coordinating Committee* e *Federation of Tamil Sangams of North America*, lo stesso giudice ha esteso il divieto di applicazione della disposizione del P.A anche nei confronti degli attori inizialmente esclusi. Occorre segnalare che la sentenza segue ad una pronuncia della *9th US Circuit Court of Appeals* del dicembre 2003 che aveva giudicato incostituzionali le espressioni *“training”* e *“personnel”*⁴⁸, parimenti comprese nella definizione di *“material support”* di cui all'AEDPA, ritenendo che entrambe fossero *“vague and overbroad”*. Rispetto a quest'ultima sentenza, il governo ha avanzato richiesta di riesame. La sentenza di cui si è fin qui discorso è stata molto discussa negli Stati Uniti. Se da una parte è stata accolta con favori ed entusiasmi delle diverse associazioni a difesa dei diritti, dall'altra, è stata parimenti molto criticata da quanti hanno intravisto nella pronuncia un segnale di

⁴⁸Humanitarian Law Project vs. United States Department of Justice, 352 F.3d 382 (9th circuit 2003)

debolezza del sistema di fronte alle minacce del terrorismo⁴⁹. L'esempio che si è riportato non esaurisce tuttavia l'ampia gamma di antinomie tra il *Patriot Act*, quale fonte di rango sub costituzionale e le norme costituzionali in tema di libertà fondamentali per lo più codificate nel *Bill of Rights*. Tuttavia la sentenza citata fornisce un esemplare riferimento volto a far emergere la necessità di una sutura tra la legislazione dell'emergenza e le libertà costituzionali. nel tentativo di porre in atto una delicatissima opera di riconduzione a coerenza interna di un ordinamento, (che si manifesta precipuamente attraverso il collaudato modello del *judicial review of legislation*⁵⁰). Tale esigenza si vedrà essere fondamentale nel temperare le aberrazioni giuridiche prodotte dal "caso Guantanamo", in tema di libertà personale *strictu sensu* intesa.

Lo sgretolamento del sistema istituzionale, imperniato non solo sulla separazione dei poteri e sull'esistenza di un meccanismo di *checks and balances* tra i poteri, ma anche sulla trasparenza dell'operato dell'autorità pubblica (antidoto indispensabile alla *distrust*, la "sfiducia" nell'autorità, di matrice liberal-giuscontrattualista, congenita nel modello USA, i pilastri su cui si basa tradizionalmente la democrazia

⁴⁹V.FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"* in *Ques.* Gius. Roma, 2004

⁵⁰Attraverso il meccanismo del *judicial review of legislation*, "inventato" ad inizio del XIX secolo dalla Corte Suprema, ogni giudice è in grado di rilevare le antinomie normative tra fonti dell'ordinamento, e in modo paradigmatico, i contrasti tra norme di legge e norme costituzionali, con eventuale disapplicazione *inter partes* delle prime.

statunitense) sembra tuttavia essere stato un fenomeno in atto, almeno durante gli ultimi anni delle presidenze Bush. Tale fenomeno è stato corroborato dalla comune matrice liberticida dei provvedimenti adottati e dalle prassi investigative, frutto di discutibili compromessi tra esigenza di sicurezza e garanzia delle libertà individuali. L'ampliamento spesso arbitrario dei poteri dell'esecutivo ha inoltre inficiato l'equilibrio istituzionale intra-nazionale, anch'esso frutto di uno storico bilanciamento tra istanze federali e statali. Un giudice del New Jersey ha, in proposito, ordinato alle direzioni di due prigioni locali di rendere pubbliche, come impone il *New Jersey Freedom of Information Act*, le generalità di tutti i soggetti ivi detenuti dopo l'11 settembre, per ordine dell'*Immigration and Naturalization Service* (INS), in quanto "suspect aliens" (stranieri sospetti) o "suspected terrorists"⁵¹. La reazione dell'*U.S. Department of Justice* è stata fulminea. Attraverso l'adozione di una *regulation* amministrativa si è imposto alle autorità statali di conformarsi alla normativa federale in tema di segretezza dei dati prevista dall'INS, in contrasto al mosaico di competenze locali e alle legislazioni statali.

⁵¹Si delinea qui per sommi capi, il sistema giurisdizionale statunitense. La funzione giudiziaria è negli Stati Uniti ripartita tra la federazione e gli stati. Le Corti federali sono in linea di massima competenti in materie di competenza della federazione come i reati federali. Il primo livello è occupato dalle *U.S. District Courts* presenti in ogni stato. Le corti d'appello sono invece le 13 *U.S. Circuit Court*. Al vertice del sistema si colloca la *U.S. Supreme Court* composta da nove giudici di nomina presidenziale vitalizia (previo *advice and consent* del senato).

Ad ogni modo, le forme di reazione all'arbitrio del Governo non sono state di sola matrice giurisdizionale. Anche il Congresso, che pure ha ovviamente concorso nel "ratificare"⁵² i provvedimenti governativi, ha mostrato segni di reazione alla menomazione delle sue prerogative. La Commissione di indagine sugli attentati dell'11 settembre ha esortato il Pentagono tramite un *subpoena* (cioè un ordine relativo alla produzione di documenti) a consegnare documenti già in precedenza forniti in maniera del tutto incompleta. Un'altra commissione parlamentare, l'*Advisory Panel to Assess Domestic Response Capabilities for Terror Involving Weapon of Mass Destruction*, ha proposto, nel dicembre 2003, l'istituzione di un'autorità indipendente e *bipartisan* per verificare il rispetto dei diritti civili da parte delle leggi e dei provvedimenti amministrativi emanati in conseguenza degli attentati dell'11 settembre, soprattutto in riferimento all'uso, all'interno del territorio nazionale, delle forze armate e delle nuove tecnologie, suggerendo una regolamentazione atta a limitare l'attività di "sorveglianza", per quanto concerne il terrorismo domestico, alle immagini satellitari.

⁵²Ovviamente il termine è qui usato in senso prettamente atecnico. Nell'ordinamento statunitense, improntato ad una rigida separazione dei poteri non è nemmeno conosciuta l'iniziativa legislativa presidenziale. Le proposte di legge vengono avanzate da quei membri del congresso più vicini al Presidente. Non è infrequente, soprattutto nel caso di leggi emergenziali quali il *Patriot Act*, il ricorso a un *bipartisan consensus*

Certamente si tratta di un processo di reazione ancora in gran parte *in fieri* e che è auspicabile che sia guidato dalla Corte suprema, la quale, in ottemperanza ad esigenze di certezza del diritto, potrebbe definitivamente espungere dall'ordinamento quelle norme assolutamente incompatibili con il sistema di garanzie delineato dal *bill of rights*. Ovviamente si tratta di una dinamica non completamente acquisita, in quanto conosce sia momenti di resistenza che di deferenza verso le posizioni dell'esecutivo anche al livello dei vertici del potere giurisdizionale. Si consideri ad esempio il perdurante atteggiamento di disprezzo per il diritto internazionale esternato dalla *U.S Supreme Court* in una pluralità di occasioni. Valga a titolo esemplificativo il caso di un cittadino messicano, Torres, condannato a morte e tenuto all'oscuro durante il processo, del diritto di mettersi in contatto con l'autorità consolare, anche al fine di usufruire di assistenza legale, in patente violazione della *Vienna Convention of Consular Relations*(VCCR). Nonostante gli Stati Uniti siano parte contraente della suddetta convenzione, e il condannato avesse ottenuto una decisione interlocutoria da parte dell'*International Court of Justice* (nel caso *Avena*, relativo a 53 messicani) con cui si chiedeva la sospensione dell'esecuzione fino alla propria decisione definitiva sul caso, la Corte Suprema, col solo *dissent* del giudice Breyer, ha negato la sospensione

richiesta. Sebbene il caso in questione afferisca ad un imputato accusato di reati comuni, la sentenza può considerarsi illuminante di un'iniziale chiusura da parte della suprema giurisdizione federale a ripristinare quel *minimum* di standard giuridici di tutela internazionalmente riconosciuti. Tale ermetica chiusura e deferenza verso le posizioni dell'esecutivo saranno superate solo grazie allo storico *revirement* giurisprudenziale sul "caso Guantanamo".

1.3 "Caso Guantanamo": inquadramento teorico

Il "caso Guantanamo" esemplifica il paradigma delle aporie e delle aberrazioni giuridiche scaturite dalla condotta dell'esecutivo statunitense. Esso ha costituito, con l'ausilio dei media, la cassa di risonanza internazionale delle nuove problematiche che la compressione delle libertà individuali ha portato con sé. L'intrinseca spinosità e delicatezza della questione hanno dato adito alla proliferazione di una fiorente letteratura sul tema, prima che la Corte Suprema degli Stati Uniti, non senza incertezza e oscillazioni, sia approdata ad alcuni punti fermi, che si auspica costituiscano *de iure condendo* un imprescindibile *minimum* di garanzia dei diritti e delle libertà individuali.

C'è da dire che attraverso un'analisi della vicenda Guantanamo è possibile considerare fino a che punto un potere dello stato, nel caso di specie l'esecutivo, possa intervenire sulla sfera dei diritti soggettivi in ragione di un fine superiore come la sicurezza nazionale, quali siano gli strumenti in possesso degli individui per rivendicare i propri diritti e quali i meccanismi di bilanciamento e le possibilità di riequilibrio del sistema. Questa vicenda, si rivela esplicitiva delle dinamiche istituzionali operanti in un sistema democratico consolidato come quello statunitense.

Un preliminare chiarimento si pone come necessario al prosieguo della trattazione: si tratta *in primis* di comprendere perché sull'isola di Cuba, (ultimo baluardo del socialismo reale) paese tradizionalmente ostile agli Stati Uniti, si trovi un accampamento dell'esercito americano dotato di base navale e campo di prigionia per i (sospetti) terroristi. Il fenomeno ha una sua spiegazione sia storica che giuridica; Nel 1903 il Presidente degli Stati Uniti d'America e il suo omologo cubano ratificarono un trattato bilaterale per l'affitto di basi navali e per il rifornimento di carbone⁵³. L'accordo ebbe addirittura un riconoscimento costituzionale, infatti, la Costituzione di Cuba, promulgata il 20 maggio 1902 prevedeva in appendice il cosiddetto "Emendamento Platt", il quale all'art. VII,

⁵³ L'accordo era il risultato dell'aiuto che gli Stati Uniti avevano offerto ai Cubani la loro guerra d'indipendenza contro la Spagna del 1898.

stabilisce che “per mettere gli Stati Uniti in condizione di mantenere l’indipendenza di Cuba, proteggere il suo popolo e garantire la propria difesa, il governo di Cuba vende o concede in affitto agli Stati Uniti i terreni necessari per basi navali o per il rifornimento di carbone, in determinati punti che verranno concordati con il Presidente degli Stati Uniti”. Tra questi terreni, un’area delimitata di Guantanamo, venne presa in affitto dagli Stati Uniti per la somma annua di 2000 dollari in monete d’oro statunitensi, oggi pari a circa 4085 dollari. L’accordo prevede inoltre che “gli Stati Uniti riconoscono la continuità della sovranità ultima di Cuba nelle zone terrestri e marittime precedentemente descritte, ma la Repubblica di Cuba permette agli Stati Uniti, per tutto il periodo in cui occuperanno le suddette aree ai sensi di questo accordo, di esercitare completa giurisdizione e controllo su di esse (*“complete jurisdiction and control”*). La sovranità ultima della baia di Guantanamo appartiene dunque a Cuba, ma la piena giurisdizione e il totale controllo su di essa sono riservate agli Stati Uniti. Tuttavia, l’attribuzione della cosiddetta “sovranità ultima” (*ultimate supremacy*) a Cuba, secondo l’interpretazione autentica del Governo statunitense, andrebbe considerata in guisa che “la sovranità cubana è sospesa per tutta la durata dell’occupazione statunitense, dal momento che ai soli Stati Uniti spetta l’esercizio della giurisdizione e il controllo del territorio,

ma nel caso si decida di porre fine a tale occupazione, l'area ritornerebbe a Cuba, che esercita la sovranità ultima".

A partire dalla rivoluzione castrista del 1959, il governo di Cuba ha costantemente premuto per sottrarsi all'accordo (e da quell'anno infatti, rifiuta di incassare i soldi dell'affitto), tuttavia un recesso unilaterale è reso impossibile dall'assenza di consenso degli Stati Uniti, necessario ai sensi del trattato tra Usa e Cuba del 29 maggio 1934. Ma stando alla lettera dei trattati (art.II del primo accordo), gli Stati Uniti possono utilizzare la baia di Guantanamo unicamente "come sede di basi navali o per il rifornimento di carbone e per nessun altro scopo". La base è stata invece in un primo tempo utilizzata come campo di raccolta per profughi haitiani e cubani e, successivamente, come carcere militare di massima sicurezza. A seguito degli attentati dell'11 settembre, rivendicati dall'organizzazione terroristica *Al Qaeda*, gli Stati Uniti avviano una spedizione militare in Afghanistan con lo scopo di debellare il regime talebano, reo di avere offerto appoggio ai *leaders* di *Al Qaeda* e ai suoi seguaci. Nel corso del conflitto armato centinaia di persone, ritenute direttamente o indirettamente collegate alla rete del terrorismo internazionale, sono fatte prigioniere dalle forze statunitensi e trattenute nelle carceri militari in Afghanistan, per poi essere trasferite a Guantanamo, nel carcere americano di massima sicurezza. Il primo volo,

proveniente dall'Afghanistan con centinaia di prigionieri, *rectius detainees*, detenuti in attesa, atterra a Guantanamo l'11 gennaio 2002. Con ogni probabilità, la scelta del sito non è casuale, ma risponde ad una precisa logica strategica dell'amministrazione Bush, convinta che tale luogo fosse virtualmente sottratto alla giurisdizione delle corti statunitensi e che dunque ciò avrebbe privato i prigionieri del circuito delle garanzie del diritto domestico e di quello internazionale. Ovviamente, vi è da premettere, che i prigionieri relegati a Guantanamo si trovano in tale situazione in virtù di un provvedimento valido per l'ordinamento statunitense, il *Presidential Military Order* sulla "detenzione, trattamento e procedimento nei confronti di alcuni non-cittadini nella guerra al terrorismo" datato 13 novembre 2001. L'*order* presidenziale trova a sua volta una base legale nella risoluzione del congresso che autorizza il Presidente "a ricorrere a ogni mezzo che sia necessario e utile al fine di contrastare tutte quelle nazioni, organizzazioni o persone egli ritenga aver pianificato, autorizzato o favorito gli attacchi terroristici dell'11 settembre". All'esecutivo viene così a essere delegata la gestione dello stato di emergenza, che viene dichiarato con la *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks* del 14 settembre 2001, che comporta, tra le tante misure straordinarie previste a tutela della sicurezza nazionale, la

possibilità di agire in deroga all'ordinario apparato di garanzie giurisdizionali. Si è già visto come quelle nate come misure di emergenza si consolidino per poi divenire prassi costante, determinando un clima di incertezza e il reiterarsi di interventi fortemente repressivi della libertà individuale⁵⁴.

L'ordinanza militare del 13 novembre si presenta breve ed essenziale: composta da otto sezioni, è stata resa necessaria, come si legge alla lettera *g* del Preambolo alla sezione I, per soddisfare una "straordinaria emergenza ai fini della difesa nazionale, e che questa emergenza rappresenta un'urgente e indifferibile interesse del governo". Per quanto attiene al contenuto dell'ordinanza in esame, tale provvedimento viola il principio di separazione dei poteri in quanto racchiude una serie di competenze relative alle attività riservate al potere legislativo (come l'istituzione di organi giudiziari, l'introduzione di fattispecie penali e la modifica di norme processuali), sia al potere esecutivo (relativamente alla disciplina e nomina dei nuovi organi giudiziari), sia al potere

⁵⁴A. DERSHOWITZ, *how terrorism works*, in *Enc. Of Am.Law*. Dershowitz ricorda come la compressione della libertà individuale in nome della sicurezza costituisca una costante della storia americana: "non esiste diritto che non sia stato sospeso o calpestato durante periodi di crisi e di guerra, anche dai nostri più grandi presidenti". E difatti George Washington fu un convinto sostenitore degli *Alien and Sedition Acts*; Abramo Lincoln sospese il diritto allo *habeas corpus*; Woodrow Wilson autorizzò i *Palmer Raids*, durante i quali il suo procuratore generale sequestrò, arrestò e imprigionò migliaia di presunti sovversivi violando i loro diritti; e poi, Franklin Delano Roosevelt ordinò la detenzione di oltre centomila americani di discendenza giapponese senza che vi fosse un giusto processo e istituì un tribunale militare per processare, senza giuria, un cittadino americano sorpreso a svolgere attività di spionaggio in favore della Germania negli Stati Uniti.

giudiziario (in considerazione del fatto che viene a essere riservata la funzione di organo di ultima istanza nel procedimento giudiziario a carico dei prigionieri). E' chiaro, a questo punto, che i rischi per la tenuta delle garanzie che presidiano le libertà personali sono molto alti, in quanto viene a mancare ogni forma di *checks and balances*.

Inoltre l'ordinanza si applica a quella categoria di individui "non cittadini degli Stati Uniti", che viene determinata "caso per caso" dal Presidente degli Stati Uniti e nei confronti dei quali "vi siano ragioni per ritenere" che sia o sia stato: 1) membro dell'organizzazione *Al Qaeda*; 2) abbia preso parte, aiutato o sostenuto o progettato di commettere atti o azioni di terrorismo internazionale che hanno provocato, o rischiano di provocare, danni o effetti nocivi agli Stati Uniti, ai loro cittadini, alla sicurezza nazionale, alla politica estera, all'economia; 3) abbia consapevolmente offerto rifugio o sia reso complice di uno o più individui di cui ai numeri 1) e 2). Questi individui sono ritenuti e considerati come degli *enemy aliens*, ovvero *enemy combatants* (combattenti nemici): un nuovo *status* giuridico enucleato *ad hoc* per designare quei soggetti cui non sono applicabili diritti e garanzie previsti dal diritto nazionale ed internazionale.

Tale locuzione non è nuova nella nomenclatura giuridica d'oltreoceano. Essa fa la sua apparizione "in via pretoria" in una sentenza della corte suprema del 1942⁵⁵, nella quale venivano definiti tali alcuni sabotatori tedeschi che non potevano essere riconosciuti come prigionieri di guerra. La corte in quell'occasione si dichiarò incompetente a giudicare gli stessi, legittimando *de facto* i processi speciali innanzi a "commissioni militari" di cui i ricorrenti contestavano la legittimità. Nello stesso momento storico la suddetta qualifica fu utilizzata per designare i cittadini giapponesi residenti negli Stati Uniti privati della libertà personale in base ad una fallace presunzione *iuris et de iure* di infedeltà alla costituzione. Tornando all'ordinanza militare del Presidente, essa dispone anche che i "nemici combattenti" ricevano un "*human and non-discriminatory treatment*" e che, nel caso in cui venissero sottoposti a procedimento, fossero giudicati da speciali tribunali militari per violazioni delle leggi di guerra. Vengono così a essere create delle speciali commissioni militari, situate al di fuori degli ordinari percorsi di giustizia, presso le quali si dispone la "non applicabilità dei principi di legge e delle regole di valutazione della prova generalmente vigenti nei processi penali celebrati nelle corti distrettuali degli Stati Uniti".

⁵⁵Cfr. *Ex Parte Quirin* (1942) 317 U.S 1 (1942)

L'ordinanza militare del presidente, poi rafforzata e specificata da una serie di ordinanze e istruzioni del Dipartimento della Difesa, dispone comunque l'organizzazione di processi da tenersi di fronte a Commissioni militari appositamente formate, e composte da tre a sette ufficiali nominati da uno speciale *appointing authority* del Dipartimento di Difesa. Ciò finisce però col determinare l'effettiva realizzazione di un percorso giudiziario parallelo a quello istituzionale, che proprio per questo rifugge dalle regole e dai meccanismi predisposti nell'ambito dell'ordinamento. Pertanto, affidando i processi ai detenuti di Guantanamo a speciali commissioni militari, il governo degli Stati Uniti ha escluso la competenza dei tribunali del paese a giudicare la legalità delle azioni da esso intraprese nei confronti dei soggetti ritenuti collegati a organizzazioni terroristiche, per quanto esse possano aver comportato la violazione dei principi sanciti nella Costituzione e delle norme di diritto internazionale. Questo comporta che, nonostante i prigionieri siano accusati di aver violato norme di diritto internazionale, non necessariamente a essi verranno applicate le disposizioni previste dalla Convenzione di Ginevra del 1949, le quali, sostiene il governo, riguardano solo i prigionieri di guerra. Pertanto, la Convenzione di Ginevra è negata ai detenuti di Guantanamo, perché al momento della cattura essi non indossavano uniformi o segni di appartenenza a uno

Stato belligerante e perciò non possono essere considerati prigionieri di guerra, ma piuttosto *enemy combatants*. E poi, in quanto appartenenti all'organizzazione *Al Qaeda*, che è ritenuta *nonstate actor*, i detenuti sono sottratti alla sfera di protezione della Convenzione, visto che questa trova piena applicazione nel caso in cui uno stato contraente sia sotto occupazione o nell'ipotesi in cui paesi firmatari abbiano intrapreso una "guerra dichiarata" o un "conflitto armato"⁵⁶. In virtù di siffatte considerazioni si può convenire con quanti hanno definito la vicenda Guantanamo "*a legal black hole*"⁵⁷. Riducendo i detenuti ad una pura anomia giuridica li si è privati della possibilità di affrontare un regolare procedimento giudiziario nell'ambito del quale impostare una difesa ad

⁵⁶Assai significativo in tal senso, è il *memorandum* del 25 gennaio 2002, redatto dal consigliere legale della casa bianca Alberto R. Gonzales, destinato direttamente al Presidente degli Stati Uniti, concernente l'applicazione della Convenzione di Ginevra relativa ai prigionieri di guerra nel conflitto con *Al Qaeda* e coi Talebani. Nel *memorandum* si raccomandava la non applicazione della Convenzione, sottolineando come questo potere di farlo appartenesse all'autorità costituzionale del Presidente, e si argomentavano tre motivi per giustificare la non applicazione della Convenzione di Ginevra: 1) stabilire che non vanno applicate "elimina ogni disputa relativa al bisogno di verificare caso per caso lo *status* di prigioniero di guerra" 2) la guerra al terrore "rende obsolete le rigide limitazioni di Ginevra sull'interrogatorio dei nemici combattenti" 3) infine, il non attenersi alla Convenzione di Ginevra "riduce in modo sostanziale la minaccia di provvedimenti penali nei riguardi di esponenti dell'Amministrazione negli Stati Uniti ai sensi del *War Crimes Act*". E' stato detto "che il *memorandum* Gonzales rappresenta l'inizio della fine della legalità relativamente al trattamento dei prigionieri di Guantanamo".

⁵⁷Così Lord Johan Steyn nella prolusione al *British Institute of International and Comparative Law* tenuta il 25 novembre 2003 (V.J STEYN, *Guantanamo: a monstrous failure of justice*, in *International Herald Tribune*, 27 novembre 2003); si veda il caso *Abbasi vs. Secretary of State of Foreign and Commonwealth Affairs* UKHRR 76 Court of Appeal; M.HAPPOLD, *The detention of Al Qaeda suspects at Guantanamo bay: United Kingdom perspectives*, in *Human Rights Law Review*, 2004; L.VIERUCCI, *Il caso Abbasi: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti al giudice inglese*, in *Riv. Dir. Int. Priv.* 2003.

accuse, che spesso non sono state formulate chiaramente. Ciò premesso la “vicenda Guantanamo può essere sommariamente scissa in tre profili: 1) Il trattamento dei detenuti. 2) la legalità delle commissioni militari. 3) la violazione delle regole di diritto internazionale. Per quanto concerne il primo profilo vi è da premettere che il governo degli Stati Uniti ha sempre rifiutato di rivelare l’identità dei soggetti catturati e, fin dal momento dell’arresto, i prigionieri sono stati sottoposti a ripetuti interrogatori in assenza di avvocati; non è stato loro concesso alcun contatto con i familiari e nessuno ha avuto l’opportunità di usufruire di assistenza legale. Il trattamento riservato ai prigionieri all’interno della base è per lo più ignoto a causa dell’impermeabilità del segreto militare. Tuttavia, attraverso alcuni resoconti ufficiosi filtrati soprattutto dai canali mediatici, sarebbe emerso che i prigionieri vengono trattati in maniera degradante e disumanizzante, arrivando a configurare tipici esempi di tortura. E’ lecito dunque supporre che all’interno della base di Guantanamo siano state consumate *gross violations* dei diritti umani fondamentali⁵⁸. Tuttavia l’amministrazione statunitense, proprio con

⁵⁸ Vi è notizia di un rapporto della Croce Rossa, reso pubblico con grande ritardo, in cui si evidenziano i metodi coercitivi adoperati a Guantanamo, quali il denudamento, l’ammantamento stretto e l’uso di informazioni sulla salute dei detenuti per minacciarli e obbligarli a collaborare. Si segnala inoltre, il *Memorandum sui diritti delle persone in custodia americana in Afghanistan e Guantanamo*: sessantasei pagine predisposte da *Amnesty International* e inviate alla Casa Bianca, nelle quali vengono minuziosamente elencate tutte le violazioni dei diritti umani imputabili alle forze americane, compresi presunti maltrattamenti e addirittura uccisione di detenuti. Sulla base di

riguardo al trattamento dei detenuti, ha pubblicato il Rapporto della Casa Bianca sullo *status* dei detenuti di Guantanamo del 7 febbraio 2002. In esso, oltre a elencare cosa deve essere concesso ai detenuti, viene nella premessa esplicitata la politica degli Stati Uniti riguardo i detenuti di Guantanamo, con particolare riferimento alle regole di diritto internazionale: “Gli Stati Uniti stanno trattando e continueranno a trattare umanamente tutti gli individui detenuti a Guantanamo e, nella misura adeguata e coerente con le necessità militari, in modo conforme ai principi della terza convenzione di Ginevra del 1949. Il Presidente ha stabilito che la convenzione si applica ai detenuti talebani, ma non ai membri di *Al Qaeda*. L’organizzazione infatti, non è uno stato firmatario della convenzione, ma un gruppo terroristico straniero. Essendo tale, i suoi membri non hanno diritto allo *status* di prigionieri di guerra. Anche se non abbiamo riconosciuto quello dei Talebani come governo legittimo dell’Afghanistan, quest’ultimo è uno stato firmatario della convenzione e il Presidente ha stabilito che i Talebani sono tutelati da quest’ultima. Ai sensi della convenzione di Ginevra, comunque, i detenuti talebani non sono classificabili come prigionieri di guerra. Quindi né i Talebani né i detenuti di *Al Qaeda* hanno diritto allo *status* di prigionieri di guerra. Ma

queste informazioni si è ritenuto che a Guantanamo venisse praticata la tortura, fisica e psicologica, allo scopo di ottenere informazioni. Una conferma di ciò è venuta dalla scoperta di un verbale segreto di ottantadue pagine, in cui sono registrati gli interrogatori ai prigionieri condotti dai militari americani secondo metodi e tecniche in palese violazione dei diritti umani.

anche se i detenuti non hanno diritto ai privilegi derivanti da tale *status*, la nostra politica sarà quella di accordargliene alcuni”⁵⁹. Le linee programmatiche sommariamente esposte nel Rapporto lasciano perplessi in quanto più che fare chiarezza gettano ulteriori ombre sulla vicenda del trattamento dei detenuti, soprattutto nella parte in cui si fa riferimento “alle necessità militari” quale *discrimen* tra un trattamento conforme alla convenzione o meno⁶⁰

Vale ora la pena di integrare le riflessioni già svolte in tema di legalità delle “commissioni militari” istituite dall’ordinanza militare del novembre 2001, tendenzialmente deputate a giudicare gli *enemy combatants*. Con le ordinanze successive si viene delineando, si è detto, uno speciale sistema giudiziario parallelo a quello domestico ma privo di quelle fondamentali garanzie del *due process* che caratterizza da secoli il sistema accusatorio anglosassone. Nelle successive ordinanze vengono definite le competenze delle commissioni militari in ordine ai reati perseguibili. Viene affidato all’Esecutivo il potere esclusivo dell’azione

⁵⁹Rapporto della Casa Bianca sullo *status* dei detenuti di Guantanamo, diffuso dalla segreteria dell’ufficio stampa il 7 febbraio 2002. Sull’argomento cfr. T.E. FROSINI, Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo, in *Democrazia e Terrorismo*, Napoli, 2006; pp. 201 e ss.

⁶⁰T.E. FROSINI, Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo, in *Democrazia e Terrorismo*, T.GROPPI (a cura di) Napoli, 2006, pp. 201 e ss; Il Rapporto sostiene che verranno trattati umanamente tutti gli individui detenuti a Guantanamo “nella misura adeguata e coerente alle necessità militari”. Da un’interpretazione letterale del Rapporto sembrerebbe emergere che gli individui reclusi non verranno trattati in modo umano qualora si ritenga che le necessità militari richiedano un trattamento diverso, virtualmente in contrasto con i diritti umani.

penale, l'esecuzione della pena (sia detentiva che capitale) nonché ogni eventuale decisione di revisione di un giudizio che, per legge, non potrà avere appello. Il dipartimento della difesa ha previsto una commissione di revisione con competenze di un tribunale di secondo grado, i cui membri però, sono scelti dal presidente. L'accusato ha la facoltà di ricusare i difensori assegnati dall'esercito, potendo dunque ricorrere ad un avvocato civile, il quale dovrà però lasciare il tribunale ogniqualvolta verrà presentata in giudizio un'informazione classificata come *secret defense*. Singolare è anche il sistema di valutazione delle prove: è sufficiente che esse siano "convincenti per una persona ragionevole". Ciò detto, è possibile affermare, che un organo del governo stabilisce quali sono i reati, un altro organo del governo agisce contro tali reati, un altro organo del governo ancora stabilisce la colpevolezza e determina le pene. Si tratta di un meccanismo di concentrazione del potere che stride assai con quanto previsto dalla Costituzione statunitense, laddove il congresso definisce i reati, l'esecutivo incrimina le persone per i reati che sono stati individuati dal congresso, e la magistratura attribuisce le colpe e dispensa le pene. Il modello previsto dall'ordinanza militare del 2001 altera fortemente i rapporti tra poteri costituzionali, sfidando così il tradizionale principio istituzionale dei *checks and balances* e incrinando

altresì i delicati equilibri tra autorità e libertà⁶¹ a favore del primo termine (essendo evidente da tutti gli elementi sin qui illustrati, che la posizione dei detenuti nei confronti delle autorità è deteriorata *ab initio*).

Infine, l'ordinanza militare presidenziale non limita le competenze delle *military commissions* al giudizio sulla violazione del diritto di guerra ma aggiunge, a mo' di clausola residuale di chiusura del sistema processuale speciale, che esse siano competenti ad utilizzare quale parametro del giudizio anche *other applicable laws*, senza fornire ulteriori dettagli sulla natura di tali atti. Tale previsione risulta così priva di ogni fondamento costituzionale e legale.

Tuttavia la legalità delle commissioni militari può essere messa in dubbio, oltre che sotto il profilo costituzionale, anche sotto quello del diritto internazionale. La più volte citata convenzione di Ginevra e la convenzione internazionale sui diritti civili e politici sanciscono infatti, il diritto imprescindibile per qualsiasi soggetto di essere sottoposto a procedimento di fronte a tribunali *regularly constituted*, escludendo quindi la legittimazione di corti predisposte *ad hoc* e disciplinate da

⁶¹T.E. FROSINI, Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo, in *Democrazia e Terrorismo*, Napoli, 2006. T.E. FROSINI, C.BASSU, La libertà personale nell'emergenza costituzionale, Roma, 2007. B.ACKERMAN, La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo, Roma, 2005.

regolamenti speciali. Questo appunto costituisce il punto di partenza di una riflessione, cui in questa sede sarà possibile dedicare solo un breve cenno, concernente le violazioni del diritto internazionale connesse alla vicenda Guantanamo. Oltre alla discussa problematica concernente la Convenzione di Ginevra, l'atteggiamento del governo americano nei confronti dei detenuti di Guantanamo ha richiamato l'attenzione di numerosi osservatori internazionali⁶². Nel febbraio 2002 viene presentata un'istanza alla *Inter-American Commission on Human Rights*, da parte del *Center for Constitutional Rights*, della *Human Rights Clinic* della *Columbia Law school* e del *Center for Justice and International Law*, i quali, appellandosi alla Dichiarazione Americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, denunciano la violazione da parte degli Stati Uniti dei diritti umani e di numerosi accordi internazionali. A seguito di tale istanza, la commissione inter-americana, chiede precauzionalmente agli Stati Uniti di "provvedere urgentemente a quanto necessario affinché lo *status* legale dei detenuti di Guantanamo sia determinato da un tribunale competente". Il governo americano rifiuta di ottemperare alla richiesta, contestando la competenza della Commissione di richiedere *precautionary measures* e di sollecitare l'applicazione del diritto

⁶² Cui si aggiunge addirittura la presa di posizione di una Corte d'appello britannica, arrogatasi la facoltà di sindacare in sede giurisdizionale l'impegno profuso dall'esecutivo inglese nel tutelare il cittadino britannico Feroz Abbasi, detenuto a Guantanamo

internazionale umanitario. La dottrina più accreditata ha invece messo in luce la indiscutibilità della competenza della Commissione, essendo questa fornita di *“jurisdiction”* relativamente al controllo del rispetto della Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell’uomo, da essa ritenuta “la fonte di obblighi legali per tutti gli Stati membri dell’OAS nei confronti degli individui soggetti alla loro autorità e controllo”. Inoltre la stessa Commissione ha in più di un’occasione ribadito che “gli obblighi concernenti il rispetto dei diritti umani da parte di uno stato, prevalgono sul diritto interno dello stesso stato e devono essere adempiuti in buona fede. Di conseguenza, gli stati non possono invocare, a giustificazione del mancato rispetto del diritto internazionale, disposizioni in senso contrario del diritto interno”.

La III Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra non è comunque il solo atto virtualmente violato dall’amministrazione statunitense. Difatti se anche tali detenuti non rientrassero nell’ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra, essi dovrebbero comunque essere destinatari di una tutela residuale formalizzata in altri strumenti di diritto internazionale. Volendo fornire una rapida ricognizione di tali accordi si possono menzionare: la IV Convenzione di Ginevra sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra, il Protocollo aggiuntivo della Convenzioni di Ginevra relativo alla protezione delle

vittime dei conflitti armati internazionali, le norme sullo *standard* minimo per il trattamento dei prigionieri adottate dalla prima conferenza delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine ed il trattamento dei colpevoli, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la carta dell'organizzazioni degli stati americani, la convenzione americana dei diritti umani e infine, la Convenzione contro la tortura e le altre pene e trattamenti inumani e degradanti.

Il “caso Guantanamo” si è subito posto come un vero e proprio rompicapo giuridico, sia interno che internazionale. Una prima autorevole risposta che gettasse luce sulle numerose zone d'ombra di cui è intrisa la vicenda, non poteva che provenire dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Quale Corte di vertice del sistema giurisdizionale federale statunitense, la corte ha saputo, tra incertezze e tentennamenti, riaffermare i principi dello stato di diritto, arginare la prepotenza dell'esecutivo entro la diga dei *checks and balances* di matrice costituzionale e infine, “demistificare” la problematica del *legal black hole* paventata dalla dottrina di ogni angolo del globo⁶³.

⁶³Per una rapida elencazione delle fonti in materia di *legal black hole* si veda la nota a p.43.

1.4 Una disamina critica della giurisprudenza della Corte Suprema sul caso

Guantanamo

A partire dal 2001 sono state intraprese, innanzi ai tribunali statunitensi, azioni di *habeas corpus* per conto di alcuni detenuti di Guantanamo. Una premessa appare necessaria: la giurisprudenza delle Corti federali è solita limitare l'applicazione degli strumenti di tutela costituzionale al territorio statunitense e ai soggetti di nazionalità americana, supportando *de facto* le posizioni del Governo il quale sostiene che l'extraterritorialità della base di Guantanamo privi di giurisdizione tutti i tribunali americani. Sulla base di una disposizione dello Statuto federale sullo *habeas corpus* il quale prevede la possibilità di presentare una petizione "*on behalf of another*", tuttavia, è stata inoltrata una prima istanza da un gruppo di ecclesiastici, avvocati e professori i quali rivendicano il proprio potere di rappresentare soggetti ai quali è negato l'accesso alle Corti. Nel novembre 2002, la *Court of Appeals of Ninth Circuit* dichiara il ricorso inammissibile per il difetto di legittimazione dei promotori, i quali sarebbero carenti dell'autorità di presentare petizioni di *habeas corpus* per conto di individui che non hanno mai conosciuto. I ricorrenti (*Coalition of clergy, Lawyers and Professors*) si appellano alla Corte Suprema con ricorso per *certiorari* ma questa, nel maggio 2003, statuisce che "*the petition of a writ a certiorari is denied*".

Una seconda istanza (*Al Odah vs United States*) viene invece inoltrata da parenti stretti di alcuni detenuti, supportati dall'iniziativa del *Center for Constitutional Rights*, che si rivolgono alla Corte d'Appello per il Distretto di Columbia per l'accertamento del proprio diritto di *habeas corpus*. La Corte d'Appello rigetta la richiesta sulla base di un precedente della Corte Suprema nel caso *Johnson vs. Eisentrager* del 1950. In quella decisione la Corte Suprema aveva stabilito che le Corti statunitensi non fossero competenti a esaminare le petizioni di *habeas corpus* presentate da alcuni agenti segreti tedeschi (fra cui l'ex ufficiale nazista Lothar Eisentrager), i quali furono arrestati e processati dalle autorità statunitensi in Cina, per aver commesso crimini di spionaggio durante la seconda guerra mondiale, e successivamente incarcerati nella prigione militare statunitense di Landsberg am Lech, in Baviera. La Corte motivò la sua decisione affermando che "nulla delle leggi degli Stati Uniti riconosce agli stranieri catturati all'estero la potestà di richiedere la verifica del diritto di *habeas corpus*". Conformandosi al principio di diritto contenuto in questa remota sentenza la Corte d'Appello per il Distretto di Columbia ha sostenuto che nessuna Corte statunitense abbia l'autorità giurisdizionale di giudicare i casi relativi ai detenuti di Guantanamo, perché tale base navale non è situata su territorio statunitense. Secondo la Corte sia in *Al Odah vs. United States*

che in *Johnson vs. Eisentrager*⁶⁴, si fa riferimento a cittadini stranieri catturati all'estero nel corso di operazioni militari, i quali, pur essendo detenuti da forze armate americane, non hanno mai messo piede su suolo statunitense. In virtù della concorrenza di questi fattori, viene preclusa la possibilità di intraprendere le possibili vie di tutela dei propri diritti di fronte alle Corti Federali degli Stati Uniti. La Corte osserva inoltre come la maggioranza dei giudici in *Eisentrager* avesse optato per negare il *privilege of litigation* non per il fatto che i ricorrenti fossero *enemy aliens* bensì proprio perché le garanzie costituzionali non sono estensibili a stranieri che si trovino al di fuori del territorio di sovranità degli Stati Uniti. Secondo la *D.C Court of Appeals*, la base di Guantanamo non può essere considerata come parte del territorio americano, perché la sovranità non è mai passata nelle mani degli Stati Uniti ma è rimasta sempre alla Repubblica Cubana. Una prima svolta si ha il 10 novembre 2003, quando la Corte Suprema dichiara che giudicherà nel merito il ricorso per *habeas corpus* presentato per conto di alcuni cittadini stranieri detenuti a Guantanamo. Essa annuncia che si pronuncerà sul merito del caso *Al Odah* e, in particolare, risponderà al pregiudiziale quesito : “Se le Corti degli Stati Uniti siano o meno

⁶⁴*Al Odah vs. United States*, 611 F.3d 8 District of Columbia Circuit Court of Appeals 2003

Johnson vs. Eisentrager, 339 U.S 763 (1950)

Sul punto cfr. T.E. FROSINI, Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo, in *Democrazia e Terrorismo*, Napoli, 2006

competenti a sindacare la legalità della detenzione di prigionieri stranieri catturati all'estero nell'ambito di ostilità e incarcerati nella base navale di Guantanamo, Cuba". Successivamente la Corte ammette anche le *petitions for writ of certiorari* dei seguenti casi: *Rasul vs. Bush*, *Hamdi vs. Rumsfeld*, *Rumsfeld vs. Padilla*. In tutti e tre i casi il Governo statunitense ha rivendicato la sua autorità di arrestare gli *enemy aliens*, siano essi stranieri, residenti o cittadini americani, fino al termine delle ostilità, ovvero indefinitamente. Il Governo ha altresì affermato il suo potere di negare loro le fondamentali garanzie di un giusto processo, incluso il diritto di essere assistiti da un avvocato, il diritto di impugnare la loro causa innanzi un tribunale americano, il diritto a essere giudicati innanzi una giuria popolare, il diritto a non auto incriminarsi e il diritto di *habeas corpus*.

Al di là delle differenze di approccio ermeneutico utilizzato dalla Corte nelle tre sentenze, esse mettono tutte in luce una serie di questioni davvero centrali per uno stato di diritto: l'accesso al sistema giudiziario da parte dei detenuti, e quindi il rispetto del *habeas corpus*, che impone il controllo sulle limitazioni della libertà personale disposte dall'Esecutivo; il rispetto della *due process clause*, che informa i criteri procedurali in virtù dei quali il principio si realizza, attraverso la garanzia di un'assistenza legale e il diritto a essere giudicati in tempi ragionevoli

da un giudice imparziale. Inoltre, per comprendere il significato delle “sentenze Guantanamo”, e il peso determinante da esse esercitato sull’equilibrio costituzionale statunitense, occorre evidenziare come queste abbiano comportato l’effettiva limitazione dei poteri eccezionali concessi dal Congresso al Presidente all’indomani dell’11 settembre. La Corte infatti, non ha contestato l’autorità dell’Esecutivo in un momento di emergenza, né ha messo in discussione lo stato di eccezione, ma è intervenuta comunque per riaffermare l’inviolabilità del diritto che ognuno ha di tutelare la propria libertà personale, e così facendo è intervenuta materialmente sull’azione governativa.

1.4.1 La sentenza Rasul

La sentenza *Rasul vs. Bush*⁶⁵ costituisce l’unica propriamente afferente alla questione dei detenuti nella base americana di Guantanamo. Formalmente la decisione cumula tre casi diversi: 1) *Rasul vs. Bush*, in senso stretto, riguardante due cittadini britannici, tra i quali Shafiq Rasul, che erano stati rilasciati prima della pronuncia della Corte, e un cittadino australiano, tutti e tre catturati in Afghanistan e tenuti prigionieri a Guantanamo; 2) *Habib vs. Bush*,

⁶⁵*Rasul vs. Bush*, 542 U.S 466 (2004)

riguardante un cittadino australiano catturato in Pakistan; 3) *Al Odah vs. United States*, che concerne lo *habeas petition* a favore di dodici cittadini kuwaitiani catturati sia in Afghanistan che in Pakistan. Nella sentenza *Rasul*, la Corte dispone per tutti i detenuti, siano essi stranieri o statunitensi, il diritto di ricorrere presso una Corte federale degli Stati Uniti per mezzo di un *writ for habeas corpus*. In questo modo la Corte ribalta la decisione della *D.C Court of Appeals*, effettuando un *overruling* di quanto statuito in *Johnson vs. Eisentrager*, sentenza cui si appellavano le argomentazioni governative⁶⁶. Dopo aver passato in rassegna la funzione storicamente assolta dall'istituto dello *habeas corpus*, e quindi la sua rilevanza ai fini del controllo della legittimità degli arresti operati dall'Esecutivo sia in tempo di pace che di guerra, la Corte, attraverso il giudice Stevens, estensore della sentenza, affronta *ex professo* la questione relativa alla validità dello *habeas corpus* in un territorio, come quello di Guantanamo, nel quale gli Stati Uniti esercitano piena giurisdizione e controllo (*complete jurisdiction and control*) ma non la piena sovranità (*ultimate sovereignty*), così come sancito dal Trattato del 1903 tra Cuba e gli Stati Uniti.

⁶⁶Argomentazioni che in combinato disposto con quanto statuito in *Eisentrager* si possono così sintetizzare: "Le Corti statunitensi non dispongono della potestà di giurisdizione alla richiesta di *habeas corpus* presentata da stranieri collocati all'estero e detenuti al di fuori del territorio sovrano degli Stati Uniti".

La Corte passa poi ad operare un brillante *distinguish* tra il caso *Rasul* e il ben più risalente *Eisentrager*. La Corte scinde l'analisi dei due casi in tre profili: Il primo profilo è quello oggettivo: nella sentenza del 1950 la Corte aveva rilevato la mancanza di *constitutional entitlements* dei prigionieri relativamente alle richieste di revisione giudiziaria della loro detenzione, e si era pertanto limitata a constatare l'assenza di ulteriori indicazioni nella legislazione dell'epoca. Per quanto concerne il profilo soggettivo, la Corte mette in evidenza come nell'attuale caso *Rasul* il giudizio non verta su cittadini di paesi in guerra con gli Stati Uniti, i quali non sono stati finora condotti di fronte a un tribunale e che sono detenuti su di un territorio su cui gli Stati Uniti esercitano "completa giurisdizione e controllo", viceversa, nel caso *Eisentrager*, invece si trattava di detenuti catturati come prigionieri di guerra e come tali processati da una commissione militare situata fuori dal territorio statunitense. Il terzo profilo concerne la competenza. Per giustificare l'applicazione extraterritoriale della legge sull'*habeas corpus* la Corte richiama un suo stesso precedente che avrebbe in realtà, già a far data dal 1973, superato *Eisentrager*. Si tratta del caso *Braden vs. 30th Judicial District Court of Kentucky*⁶⁷, nel quale era stato stabilito

⁶⁷*Braden vs. 30th Judicial District Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973)

che la presenza fisica di un prigioniero nel territorio dove si esercita la giurisdizione di una corte federale non rappresenta un requisito necessario per riconoscere al soggetto interessato il proprio diritto *al habeas corpus*. In *Braden* la Corte argomentava che è sufficiente che il soggetto che ha in custodia il detenuto ricorrente sia subordinato alle garanzie processuali in materia di *habeas corpus*, e che dunque una corte statunitense lo possa giudicare riguardo alla sua condotta. Pertanto i ricorrenti in *Rasul* hanno pieno diritto a richiedere la verifica della conformità alla legge della loro detenzione, rivolgendosi ad un giudice statunitense; dal momento che coloro che li hanno in custodia come detenuti sono sottoposti alle leggi federali statunitensi, e che la loro condotta può essere sottoposta a giudizio presso un organo giudiziario statunitense. Di conseguenza, la base di Guantanamo è soggetta a “completa giurisdizione e controllo” degli Stati Uniti, e dunque ricade sotto la competenza della giurisdizione territoriale degli Stati Uniti, a prescindere dalla sovranità che su di essa esercita Cuba.

Alla opinione di maggioranza del giudice Stevens si affiancano un'opinione concorrente ed una dissenziente. Nella *concurring opinion* del giudice Kennedy viene operata un'ulteriore distinzione tra il caso *Eisentrager* e il caso *Rasul*. Se in *Eisentrager* i detenuti erano tutti

cittadini di Stati nemici, i quali non possono vantare alcun diritto, tra i prigionieri di Guantanamo vi sono *friends and foes alike*, che in quanto tali non possono essere tratti indefinitamente senza essere processati. Pertanto le “necessità militari”, di cui all’ordinanza militare del Presidente risalente al 13 novembre 2001, non possono essere più ragionevolmente invocate come giustificazione. Particolarmente problematica si presenta la *dissenting opinion* del giudice Antonin Scalia, il quale profetizza “*disastrous consequences*” quale risultato di questa decisione: “la Corte pone una trappola all’esecutivo, sottoponendo Guantanamo Bay alla giurisdizione delle Corti federali, e rende del tutto insensata la decisione di fare di Guantanamo il luogo di detenzione per prigionieri di guerra non cittadini americani.” Secondo Scalia, infatti, in base a questa decisione tutti i prigionieri degli Stati Uniti, detenuti non solo a Guantanamo ma in tutto il mondo, potranno citare il Governo di fronte a una Corte federale con un enorme aggravio burocratico del giudiziario americano e la conseguente perdita di efficienza del sistema. E conclude: “visto che la giurisdizione e il controllo derivanti da un contratto di affitto non sono diversi in effetti dalla giurisdizione e controllo acquisiti per mezzo di uso legale della forza, intere regioni dell’Afghanistan e dell’Iraq dovrebbero per logica

essere considerate come soggette alla nostra legislazione interna".

L'affermazione della maggioranza della Corte sul fatto che i detenuti di Guantanamo sono titolari di diritti che non vengono riconosciuti a chi è tenuto prigioniero in Iraq, è secondo l'opinione di Scalia, arbitraria e priva di fondamento. Si deve comunque sostenere che questa non è una argomentazione sufficiente a giustificare la violazione da parte del Governo dei diritti individuali. Per quanto grave possa essere la perdita di efficienza causata dall'aumento dei ricorsi per la tutela della libertà personale, questa non può essere considerata un elemento legittimante la violazione di un diritto fondamentale della persona. Sul punto, *ad adiuvandum*, si può citare la *dissenting opinion* del giudice Hugo Black nel caso *Eisenstrager*, laddove veniva sottolineato come il diritto alla tutela del *habeas corpus* deve essere garantito a tutti, a prescindere dalla nazionalità e dal luogo di detenzione. Diversamente opinando, il Governo potrebbe eludere la propria responsabilità e gli obblighi del *due process of law* semplicemente scegliendo con cura il carcere dove rinchiudere i prigionieri.

1.4.2 La sentenza Hamdi

La sentenza Hamdi⁶⁸ è certamente la più articolata e significativa tanto da poter essere assunta come naturale “paradigma” dell’intera vicenda Guantanamo. Per pervenire alla soluzione del caso, la Corte era pregiudizialmente chiamata a pronunciarsi su due quesiti. Il primo verteva sulla possibilità, per gli Stati Uniti, di detenere, e in caso affermativo, per quanto tempo, un proprio cittadino considerandolo un “nemico combattente” (*enemy combatant*) senza una formale incriminazione. Il secondo quesito consisteva nel verificare la sussistenza della possibilità di avvalersi del diritto di *habeas corpus* onde contestare il proprio *status* di *enemy combatant*. La Corte, con la sola opinione dissenziente del giudice Clarence Thomas, ha ritenuto illegale *ab initio* la detenzione di quasi due anni inflitta al cittadino americano Hamdi, sostenendo che tale reclusione sarebbe stata legittima solo qualora la designazione fosse stata accertata da un tribunale. La negazione della possibilità di difendersi innanzi a un giudice costituisce un’indubbia violazione del *due process of law*. La legge federale, infatti, statuisce che nessun cittadino possa essere trattenuto e recluso dagli Stati Uniti, a meno

⁶⁸Hamdi vs. Bush, 542 U.S. 507 (2004)

che ciò non sia fatto alla luce del dettato di un atto del Congresso. Tale base legale potrebbe essere rinvenuta nell'*Authorization for use of Military Force Act (AUMF)*, approvato dal Congresso all'indomani dell'11 settembre, che conferirebbe al Presidente il potere di detenere prigionieri catturati in battaglia fino al termine delle operazioni militari per impedire che questi si ricongiungano con il nemico. Tuttavia, il giudice relatore della sentenza, Sandra Day O'Connor, osserva che alla luce dell'AUMF del Congresso, la Corte non è tenuta a sindacare se il Presidente abbia o meno l'autorità di detenere *enemy combatants*, ma deve bensì giudicare se il potere dell'Esecutivo di tenere in reclusione individui senza un regolare processo, violi o meno il V Emendamento, il quale statuisce che "*No person may be deprived of liberty without a due process of law*". La questione è dunque di natura squisitamente costituzionale e può essere risolta solo operando un bilanciamento tra la necessità di preservare la sicurezza nazionale, messa in pericolo dagli attacchi terroristici, con il tentativo di evitare il grave danno arrecato a una persona che si trovi a essere ingiustamente detenuta per un periodo di tempo indefinito. Secondo l'opinione della O'Connor, affinché si realizzi "*the proper balance*" è necessario che un cittadino detenuto, il quale non si riconosce nella definizione di *enemy combatant*,

debba essere messo al corrente degli elementi in base ai quali la classificazione è stata operata, e abbia l'opportunità di controbattere alle accuse del Governo di fronte a un *neutral decisionmaker*. Salvo poi affermare che i "tribunali neutrali" non debbano essere necessariamente Corti ordinarie, ma è sufficiente che siano "commissioni militari appropriatamente autorizzate e costituite propriamente" che osservino il giusto processo; "In assenza di tale processo, comunque, una Corte che riceva una petizione di *habeas corpus* da un presunto combattente nemico deve essa stessa assicurare che i minimi requisiti del *due process of law* siano conseguiti". Il giudice O'Connor prosegue poi suggerendo che venga invertito il criterio ordinario dell'onere della prova, di modo che non sia il Governo a dover dimostrare che un detenuto è un *enemy combatant*, ma sia invece il prigioniero a dover dimostrare la propria estraneità alla categoria. Questa scelta è dettata dal fatto che si ritiene ingiustamente gravoso chiedere ai militari di preparare per ogni soggetto elaborati *dossiers*, che descrivano minuziosamente le circostanze della cattura e ne elenchino le ragioni. Ovviamente ciò comporta però, un'inevitabile compressione della tutela della libertà dei detenuti.

Altro punto focale di questa decisione è rappresentato dalla presa di posizione della O'Connor sulla detenzione a tempo indeterminato a scopo di interrogatorio, pratica che per il giudice relatore sarebbe priva di fondamento legale. Il giudice si riferisce alle commissioni militari cui si servono le Forze Armate per decidere se ai soggetti catturati possa essere conferito lo *status* di prigioniero di guerra: tali tribunali devono scegliere se dichiarare un detenuto prigioniero di guerra, oppure individuarlo come *civilian internee*, cioè un soggetto che, per ragioni di sicurezza o perché sussiste la possibilità che da libero possa ostacolare le indagini, debba essere trattenuto. I *civilian internee* possono essere processati e condannati dalle Corti Marziali, assistiti da avvocati di fiducia, per aver commesso atti ostili agli Stati Uniti, ma nei loro confronti non è ammessa alcuna forma di coercizione fisica e morale, e qualunque limitazione del diritto a comunicare con il mondo esterno deve essere eccezionale e temporanea. Alla luce di questo, O'Connor sostiene che sottoponendo Hamdi a continui interrogatori coercitivi, il Governo non abbia rispettato gli *standard* minimi previsti nella sentenza, a garanzia del *due process of law*; tali *standard* infatti legittimano la detenzione di *civilian internees* solo per evitare che una volta liberi

possano tornare a combattere. In sostanza, la detenzione è legale solo se necessaria per la salvaguardia della sicurezza nazionale⁶⁹.

Dunque il giudice O'Connor afferma la violazione da parte del Governo del *due process of law*, e focalizza l'attenzione sull'obbligatorietà di una fase processuale in cui si determini lo *status* dei prigionieri da cui dipendono i termini di un'eventuale detenzione.⁷⁰ Nella sua argomentazione, O'Connor omette ogni riferimento alle condizioni della detenzione, tuttavia la necessità di un trattamento umano si evince dall'analisi del meccanismo di bilanciamento degli interessi posto in essere. In base a tale meccanismo, il requisito imprescindibile del procedimento legale deve essere il fine di tutelare l'interesse del Governo di garantire la sicurezza ed evitare l'enorme danno causato a chi subisce una detenzione ingiusta in virtù di una definizione di *status* errata. L'entità del danno è direttamente proporzionale alla durezza del trattamento che il detenuto è costretto ad affrontare, e per questa

⁶⁹Il pensiero della O'Connor può essere efficacemente sintetizzato nella seguente affermazione: "E' proprio nei momenti più burrascosi e incerti che il dovere della nostra nazione di fornire un giusto processo è più duramente messo alla prova; ed è in questi momenti che noi dobbiamo preservare i nostri principi, gli stessi per i quali combattiamo all'estero".

⁷⁰Il significato storico e giuridico del giusto processo è così argomentato: "Per oltre un secolo ormai il significato centrale della procedura del giusto processo è stata chiara: le parti i cui diritti potrebbero essere compresi hanno il diritto a essere ascoltati; e per garantire loro questo diritto è necessario che siano informati delle imputazioni. E' altrettanto fondamentale che il diritto alla notificazione e la opportunità di essere ascoltati vengano concessi in un margine di tempo giustificato e in maniera significativa".

ragione i detenuti dovrebbero essere soggetti perlomeno alle stesse condizioni previste per i prigionieri di guerra. In questo senso è condivisibile la *concurring opinion* del giudice Souter, il quale afferma che l'AUMF del Congresso basterebbe a rendere legittima la detenzione di Hamdi solo se il Governo lo trattasse come un prigioniero di guerra, condizione questa che non si è verificata nella realtà. Pertanto, a parere del giudice Souter, Hamdi andrebbe rilasciato in quanto l'AUMF non soddisferebbe i requisiti del *Non Detention Act*, secondo cui è vietata la detenzione di un cittadino "except pursuant to an Act of the Congress", che richiede, "a congressional enactment that clearly authorized detention or imprisonment". La sentenza mette poi in luce un aspetto molto importante, che attiene più propriamente alla salvaguardia del principio della separazione dei poteri a fronte di un rischioso straripamento dell'Esecutivo, anche nelle situazioni di emergenza. Come scrive la O'Connor citando noti passi di precedenti della Corte: "Uno stato di guerra non rappresenta un assegno in bianco (*a blank check*) per il Presidente quando siano coinvolti i diritti dei cittadini. Nemmeno il potere della guerra può oltrepassare quei limiti che salvaguardano le libertà costituzionali e, qualsiasi sia il potere che la Costituzione americana conferisce all'Esecutivo quando si tratti di

politica estera o di conflitti bellici, essa più di tutto prevede senza dubbio un ruolo per i tre poteri quando siano in gioco le libertà individuali”.

1.4.3 La sentenza Padilla

La sentenza Padilla è apparentemente tutta impostata su questioni procedurali. La Corte Suprema, ha difatti rinviato la causa a una Corte inferiore sostenendo il difetto di competenza della Corte d’Appello che si era pronunciata sul caso. Per comprendere adeguatamente la sentenza e la sua portata conviene previamente esplicitare il sostrato fattuale: Josè Padilla è un cittadino americano il quale, dopo aver vissuto quattro anni in Medio Oriente, torna nel 2002 negli Stati Uniti e viene arrestato all’aeroporto di Chicago, con l’accusa di essere un seguace di *Al Qaeda* coinvolto nell’organizzazione di attentati. Padilla viene incarcerato a New York e gli viene assegnato un avvocato d’ufficio, il quale contesta le accuse di fronte al Tribunale del distretto federale newyorkese; il Governo dichiara però Padilla *enemy combatant* e lo trasferisce in un carcere militare in South Carolina, dove rimane recluso per più di due anni completamente isolato dal mondo esterno e senza possibilità di comunicare con il suo legale. Tuttavia, in un momento

immediatamente successivo al trasferimento in South Carolina, l'avvocato di Padilla, in qualità di *close friend*, presenta una *petition for habeas corpus* alla Corte Federale di New York indicando come *defendant* il Segretario di Stato Donald Rumsfeld. La Corte rigetta l'istanza sostenendo che il Presidente e i suoi più alti collaboratori non sono tenuti a giustificare in Tribunale la designazione da loro operata di un prigioniero come *enemy combatant*. La *Second Circuit Court of Appeals* capovolge la pronuncia affermando che, al contrario, il Governo non ha il diritto di trattenere Padilla senza presentare accuse formali. A questo punto il Governo si appella alla Corte Suprema che, cinque voti a quattro, annulla la decisione della *Second Circuit Court*. Il *Chief Justice* Rehnquist nella *controlling opinion* ha messo in rilievo come il legale di Padilla avesse sbagliato gli estremi del ricorso per due ordini di motivi. Il primo perché, secondo il *Federal Habeas Corpus Statute*, i detenuti sono tenuti a chiamare in giudizio il loro *immediate custodian*, che nel caso di specie sarebbe dovuto essere Melaline A.Marr, comandante della base navale in cui Padilla è detenuto, e non un qualsiasi alto ufficiale, sia pure il Segretario di Stato. Il secondo motivo attiene al fatto che la *petition of habeas corpus* era stata presentata alla Corte federale

di New York, e non presso una Corte del distretto federale in cui il detenuto è recluso, ovvero in questo caso il South Carolina.

E' bene precisare che la decisione della Corte sul caso Padilla non ha solo rilievo procedurale; Essa vuole impedire che l'Esecutivo possa effettivamente scegliere il *forum* giudicante semplicemente tenendo in detenzione i prigionieri in una determinata area, rendendo non inverosimile la possibilità che gli *enemy combatants* vengano trasferiti in un distretto giurisdizionale tradizionalmente vicino alle posizioni governative. Nel caso specifico, poi, alla luce delle decisioni della Corte che prevedono che i detenuti di Guantanamo possano presentare petizioni di *habeas corpus* presso un tribunale federale americano, non è da escludere che il Governo eviti di portare a Guantanamo altri prigionieri, scegliendo, piuttosto, carceri militari situati in *conservative districts*, quali appunto quello nel South Carolina. A fronte delle motivazioni della maggioranza della Corte, il giudice Stevens, cui si sono uniti Souter, Ginsburg e Breyer, ha elaborato una *dissenting opinion* particolarmente ricca di spunti di riflessione, che si avvale altresì di un paio di significativi precedenti giurisprudenziali. Egli si domanda se a volte non sia legittimo ricorrere a delle eccezioni alle regole procedurali per perseguire un fine superiore, in questo caso costituito dal tentativo di evitare la

creazione di fenomeni di *forum shopping*. Il pericolo che si vuole evitare è che una delle parti in causa, possa scegliere di appellarsi ad una giurisdizione ritenuta più favorevole⁷¹, con evidente lesione di quel principio che la Costituzione italiana denomina “precostituzione per legge del giudice naturale”⁷². Si sottolinea come il Governo abbia avviato la procedura contro Padilla a New York, per poi trasferirlo in South Carolina solo quando una Corte di New York aveva già assunto la giurisdizione sulla sua istanza di essere messo in libertà, e senza avvertire la difesa legale delle proprie intenzioni al fine di evitare ogni contraddittorio. In tal senso, Stevens si richiama a un precedente della Corte Suprema *Ex Parte Endo*⁷³ del 1944, nel quale era stato deciso che nel caso in cui un ricorso per *habeas corpus* venisse inoltrato presso un distretto giurisdizionale, e in seguito il ricorrente fosse trasferito in altro luogo, la competenza a esaminare il ricorso per *habeas corpus* sarebbe rimasta comunque radicata

⁷¹ Il *forum shopping* è una pratica diffusa negli Stati Uniti. Essa consiste, sommariamente, nella tendenza delle parti in causa ad adire una determinata giurisdizione anche in assenza di qualunque criterio di collegamento tra la questione *sub iudice* e l'autorità giudicante. Tale pratica è diffusa soprattutto in materia contrattuale e debitoria ma ne abbiamo reminescenze nell'ambito di procedimenti penali. Nella assenza di una normativa organica in materia di competenza è data la possibilità al giudice di “traslare” la causa innanzi a un'altra giurisdizione in base alla dottrina del *forum non conveniens*. Negli ultimi si è registrata negli Stati Uniti la tendenza delle Corti ad opporsi alla pratica del *forum shopping* attraverso la sostanziale recezione della *dottrina Erie* in materia di *diversity jurisdiction* e la conseguente enucleazione di criteri più certi e stringenti nell'individuazione del foro “naturale” competente.

⁷²E difatti il giudice Stevens ammonisce che “il *forum shopping* costituisce una minaccia unica e senza precedenti per la libertà di ogni cittadino americano”.

⁷³*Ex Parte Endo*, 323 U.S 283 (1944)

presso il foro in cui il primo ricorso era stato presentato. Occorre infine citare un brano del *dissent* di Stevens, a proposito della irragionevole detenzione prolungata di Padilla da parte del Governo, che si verrebbe a tradurre in una sorte di tortura, mettendo così “in discussione niente meno che l’essenza di una società libera”. Scrive Stevens: “La detenzione amministrativa di cittadini sovversivi, come la detenzione di soldati nemici sul campo di battaglia, può talvolta essere giustificata per prevenire la minaccia di gravi distruzioni. Non può mai comunque trovare giustificazione nel semplice interesse all’uso di sistemi illegittimi per estorcere informazioni. Una detenzione in isolamento protratta per mesi è, alla fine, uno di tali sistemi. Se l’informazione così ottenuta sia più o meno attendibile rispetto a quelle acquisite con forme più estreme di tortura non ha alcuna importanza”. La conclusione è netta e perentoria: “Non si possono usare le armi dei tiranni neppure per resistere agli attacchi delle forze dei tiranni”.

1.5 Bilancio dell'attività della Corte Suprema: dal "*legal black hole*" alla restaurazione delle libertà violate

Le tre "sentenze Guantanamo" costituiscono un importantissimo esempio di come la Corte Suprema possa apportare correttivi per ripristinare il corretto funzionamento del principio di *checks and balances* e per garantire la tutela della libertà personale di cui ogni soggetto, cittadino o meno dovrebbe godere in base ai principi dello stato di diritto. L'atteggiamento della Corte Suprema si è però rilevato eccessivamente pavido, in quanto essa ha taciuto su alcuni profili problematici, afferenti al rispetto dei diritti umani fondamentali da parte delle forze armate americane nei confronti dei detenuti di Guantanamo. Nonostante queste critiche, la teoria del *legal black hole* su cui si fondava sostanzialmente il comportamento governativo, appare in gran parte ridimensionata. La giurisprudenza emersa dalle tre sentenze segna un'inversione di tendenza della Corte che a più riprese in tempi di crisi interna o internazionale, aveva avallato la commistione dei poteri di guerra e di politica estera con le attribuzioni di responsabile dell'amministrazione e di Comandante in Capo, riconoscendo al Presidente stesso una illimitata capacità discrezionale. Tuttavia in tutti i precedenti casi il Congresso non aveva ommesso di attivare adeguati strumenti di controllo che potessero frenare la

discrezionalità dell'esecutivo in momenti di crisi⁷⁴. Omissione che invece si è verificata nel caso della approvazione della Risoluzione autorizzante l'uso della forza. Fatta questa precisazione, si può affermare che il *dictum* della Corte circa la possibilità del Presidente di sacrificare la costituzione da propri atti compiuti, fosse un inedito giurisprudenziale. I termini si spostano dunque dal piano strettamente interpretativo delle leggi a quello del dualismo tra ragion di stato e garanzie dell'individuo, ovvero tra primazia della sicurezza nazionale (*salus populi suprema lex*) e primazia della legge fondamentale. La risposta parte da un principio di regime, quello della libertà. La libertà da ogni detenzione o limitazione della stessa o costrizione da parte del governo se non stabilito per legge e nel rispetto delle garanzie processuali, anch'esse principio caratterizzante il regime. La libertà dunque, che pur si contrappone dialetticamente alla *salus populi*, può comunque essere compressa solo attraverso gli strumenti legali previsti dall'ordinamento.

Nonostante le risorse cui potranno attingere in futuro i giudici federali per risolvere controversie analoghe, va segnalata una ulteriore critica alle sentenze della Corte. Esse non si pronunciano sugli effetti prodotti

⁷⁴I momenti critici della storia americana che hanno reso necessario il ricorso a una normativa emergenziale e al potenziamento dei poteri dell'esecutivo sono numerosi; dalla guerra di secessione, alla seconda guerra mondiale alla guerra del Vietnam. Tuttavia in questi contesti il Congresso aveva contenuto i poteri presidenziali configurando limiti più stringenti agli *rodersi* dell'esecutivo.

dalle sentenze citate sui processi in corso in cui sono imputati altri *enemy aliens*. Difatti la Corte, limitandosi ad affermare la necessità di garantire almeno un'udienza preliminare, non esplicita l'estensione dei diritti alla difesa che devono essere riconosciuti ai "combattenti nemici" e non individua il tribunale competente a dirimere le contestazioni sulla detenzione stessa. La Corte Suprema non ha dunque saputo indicare la procedura giudiziaria che meglio avrebbe potuto bilanciare gli interessi contrastanti dello Stato e dell'individuo. Pertanto, tali sentenze si limitano a imporre ai tribunali inferiori di dirimere le questioni di natura procedurale.

Pochi giorni dopo le sentenze della Corte Suprema, l'amministrazione statunitense, nel tentativo di conformarsi alle indicazioni provenienti dalla Corte, ha emanato una serie di provvedimenti con cui è stato istituito il *Combatant Status Review Tribunal*. Si tratta di un tribunale formato da tre ufficiali "neutrali" di fronte ai quali i detenuti possono contestare il loro inserimento nella categoria di *enemy combatant*. Ai detenuti viene concessa l'assistenza di un *personal representative* di assegnazione governativa, essi risultano dunque privati del diritto di affidare la loro difesa a un avvocato di fiducia. Tali "difensori di ufficio" si troveranno nell'ingrato compito di contestare "a reputable

presumption in favor of the Government's evidence"⁷⁵. Nonostante il Governo abbia prontamente affermato che tali nuovi tribunali rispondono pienamente a tutti i requisiti richiesti dalla Corte Suprema, il provvedimento sembra porsi in contrasto con quanto asserito nella pronuncia sul caso Hamdi, nella quale era stato affermato e riconosciuto il diritto a usufruire dell'assistenza legale nei procedimenti futuri. Queste nuove incongruenze normative, causate in parte dalle già esaminate "zone d'ombra" delle sentenze Guantanamo, sono state oggetto di nuove pronunce da parte delle Corti Statunitensi⁷⁶, che vale la pena ivi ricordare poiché rivelano un orientamento della Corte discontinuo e contraddittorio. Sulla base di un ricorso presentato da cinquanta detenuti di Guantanamo, un giudice federale di Washington DC ha emesso una severa sentenza (*coalition of Guantanamo's detainees vs United States* ⁷⁷) nella quale si statuisce l'incostituzionalità

⁷⁵Order of U.S. Deputy Secretary of Defense Paul Wolfowitz, 7th July 2004

⁷⁶*Hamdan vs Rumsfeld*, 548 U.S 557 (2005)

⁷⁷*Coalition's of Guantanamo's detainees vs United States* 20 U.S District Court of Washington D.C (2005).

Per approfondimenti cfr. T.E. FROSINI, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Democrazia e Terrorismo*, Napoli, 2006. Sempre su questa decisione cfr. C.BONINI, "Guantanamo anticostituzionale" un giudice federale sfida Bush, in *La Repubblica* dell'1 febbraio 2005, che riporta alcuni brani della sentenza come il seguente: "L'Amministrazione (Bush) sta violando uno dei fondamentali diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione al suo quinto emendamento: il diritto ad un giusto processo. L'amministrazione, infatti, non solo impedisce ai detenuti l'accesso alle prove che giustificerebbero il loro status di "combattente nemico". Non solo nega loro il diritto all'assistenza legale, ma, in specifiche circostanze, ha anche fondato gli elementi che contribuirebbero a qualificare un prigioniero come "combattente nemico" su dichiarazioni possibilmente ottenute con la tortura o altre forme di coercizione". Sulla decisione si vedano altresì

dei tribunali militari in quanto irrispettosi dei diritti fondamentali dei prigionieri⁷⁸. Tale sentenza stride con quanto stabilito appena pochi giorni prima (gennaio 2005) dal giudice Richard Leon⁷⁹, il quale aveva respinto il ricorso di sette detenuti di Guantanamo (*Boumediene vs. Bush*), disponendo che questi rimanessero in carcere.⁸⁰ Particolare risonanza è stata suscitata dalla pronuncia della Corte d'Appello del District of Columbia⁸¹ (*Hamdan vs Rumsfeld*), risalente al luglio 2005, che ha annullato la decisione di un giudice federale di Washington, il quale aveva ordinato l'interruzione del processo nei confronti Salim Ahmed Hamdan, uno yemenita che faceva da autista e guardia dal corpo a Bin Laden, arrestato in Afghanistan nel 2001 e da allora detenuto a Guantanamo, di fronte a un tribunale militare, disponendo la predisposizione di un procedimento per la valutazione dello *status* di prigioniero (Hamdan aveva fatto ricorso, chiedendo di essere dichiarato prigioniero di guerra). La Corte d'Appello ha sostenuto la non

i commenti, non solo favorevoli, ma addirittura entusiastici di G.ROSSI, *Ai confini della sicurezza*, in *La Repubblica* del 2 febbraio 2005 e di E.LESER, *I tribunali militari di Guantanamo sono incostituzionali*, in *Le Monde* del 2 gennaio 2005.

⁷⁸Si riporta qui l'argomentazione del giudice Joyce Hince Green: "le procedure messe in atto dal Governo per confermare che i querelanti sono combattenti nemici soggetti ad una detenzione a tempo indeterminato violano i loro diritti. Alcuni detenuti possono anche essere colpevoli e rappresentare un pericolo per gli Stati Uniti, ma il governo deve per prima cosa dichiarare le accuse contro di essi". Cfr. ⁷⁸*Coalition's of Guantanamo's detainees vs United States 20 U.S District Court of Washington D.C (2005)*

⁷⁹*Boumediene vs Bush 553 U.S 723 (2008)*

⁸⁰Il relatore della sentenza statuisce che "da nessuna parte nelle sentenze della Corte Suprema del giugno 2004 è scritto che i detenuti di Guantanamo hanno gli stessi diritti dei cittadini statunitensi".

applicabilità della Convenzione di Ginevra da parte dei giudici statunitensi perché questa vale solo nei rapporti tra Stati (e non si applica per converso nei confronti dell'organizzazione terroristica *Al Qaeda*). La Corte riconosce inoltre la costituzionalità delle commissioni militari e la legittimità di un'eventuale processo del detenuto Hamdan innanzi ad una di queste commissioni, alla quale può previamente chiedere di stabilire se ha diritto allo *status* di prigioniero di guerra.

Il caso è arrivato in seguito alla Corte Suprema che nella decisione *Hamdan vs. Rumsfeld*⁸², ha dichiarato l'illegittimità delle *Military Commissions* sulla base del contrasto sia con la legge interna sia con le convenzioni internazionali chiudendo idealmente il circolo aperto con le prime sentenze Guantanamo. La Corte Suprema, preso in esame il ricorso di Hamdan ha dichiarato le *Military Commissions*, istituite dal Presidente Bush attraverso il *November Order*, illegittime, *in primis* perché violano le disposizioni del *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ). Infatti, in base all'art. 21 del codice menzionato, le "*military commissions*" possono venir create seguendo due diverse procedure: per mezzo di un atto legislativo del Congresso, mai adottato nel caso specifico secondo i giudici della maggioranza, oppure, qualora si

⁸²Si tratta ovviamente dello stesso caso *Hamdan* già citato. Nel susseguirsi delle impugnazioni, l'iter si chiude con il giudizio finale della Corte Suprema.

presenti la necessità di un sistema di giustizia *ad hoc*, con provvedimenti dell'esecutivo. In quest'ultima ipotesi il potere istitutivo del Presidente degli Stati Uniti è, però, limitato dal rispetto della "*law of war*" e del cosiddetto principio di uniformità, secondo cui le regole di procedura e prova applicabili di fronte alle *military commissions* non debbono essere "*contrary to or inconsistent with*" le disposizioni del *Uniform Code of Military Justice*, e, per quanto possibile, devono essere uniformi, appunto, rispetto a quelle previste per le *courts martial*. La procedura concepita per le *Military Commissions* create all'indomani dell'11 settembre è, lontana da quella applicabile di fronte ai tribunali militari ordinari e, relativamente alla sua adozione, il Supremo collegio ha argomentato che l'esecutivo ha omesso di provare l'impraticabilità del principio di uniformità richiamato. Oltre a tale profilo di illegittimità, la Corte ha ritenuto quei tribunali in contrasto anche con le norme di diritto internazionale e, nello specifico, con il "*Common Article 3*" delle quattro Convenzioni di Ginevra, in base al quale "*In the case of armed conflict not of an International character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: 1. Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness,*

wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above mentioned persons: (d) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples". Il contrasto, anche in questo caso è facilmente dimostrabile: le *Military Commissions* di cui si tratta non sono "regularly constituted", in quanto non sono il frutto di un atto del Congresso e perché non si è dimostrata, seguendo la seconda modalità di creazione, la necessità di abbandonare gli organi di giustizia militare ordinari. Le *Commissions* inoltre non rispettano, nella celebrazione dei processi, le garanzie "recognized as indispensable by civilized people", ovvero quelle che costituiscono, ormai pacificamente, la nozione di "fair trial" a livello internazionale. Così come le decisioni pronunciate dalla Corte Suprema nel 2004, la sentenza Hamdan⁸³ possiede un valore innegabile. Essa rappresenta, innanzitutto, l'esercizio del controllo, da parte del potere giudiziario, sulle attività dell'esecutivo ed il ripristino,

⁸³*Hamdan vs Rumsfeld, 548 U.S 557 (2005)*

almeno in parte, della separazione dei poteri, dell'equilibrio nelle loro attribuzioni e del meccanismo di "*checks and balances*". Dal punto di vista contenutistico ha decretato, anche se in modo apparente, come si dirà più oltre, la fine di quegli organi giurisdizionali *ad hoc*, responsabili di dispensare una giustizia sommaria e parziale. Essa ha inoltre richiamato il Governo al rispetto delle fonti di diritto internazionale ed, in special modo, delle quattro Convenzioni di Ginevra, nei cui confronti, durante tutta l'anomala *war on terrorism* l'esecutivo aveva assunto una posizione assai ambigua. Così come era accaduto successivamente alle sentenze del 2004, la reazione dell'esecutivo non si è fatta attendere ed il Presidente Bush, così come suggerito da uno dei supremi giudici, si è rivolto al Congresso per la promulgazione di una legge che istituisse le "*military commissions*" a cui affidare lo svolgimento dei processi a carico degli "*enemy combatants*", senza dover più sottostare ai limiti individuati dalla Corte Suprema. I tribunali *ad hoc* sono quindi, risorti dalle ceneri con l'emanazione del *Military Commissions Act* del 2006, firmato dal Presidente Bush il 17 ottobre 2006. Il testo della legge offre, preliminarmente, la definizione del termine "*unlawful enemy combatants*" e traccia i confini della giurisdizione nonché della competenza delle *Military Commissions*, che potranno celebrare processi a carico delle persone straniere qualificate attraverso quel

termine complesso per i reati esplicitamente elencati. Per quanto riguarda le regole processuali, alcune, come quelle relative ai casi e alle modalità di impugnazione, rappresentano sicuramente un passo avanti rispetto al passato recente; altre, invece, continuano a fondare critiche e dubbi di incostituzionalità. Ad esempio, il fatto che l'imputato possa essere allontanato dall'aula solo per ragioni relative alla tutela della sicurezza fisica delle persone o quando il suo comportamento disturbi lo svolgimento del processo e non più, come in passato, per impedirgli la conoscenza delle prove a suo carico, non significa che quello stesso imputato avrà pieno accesso alle prove "classified", per poter così esercitare in modo effettivo il proprio diritto di difesa. Di più, il riconoscimento operato dalla legge del *privilege against self-incrimination*, pietra miliare del "giusto processo", perde immediatamente significato leggendo le parole delle disposizioni relative all'ammissibilità delle prove, secondo cui sono inutilizzabili le dichiarazioni ottenute per mezzo della tortura, ma non le dichiarazioni "estorte" attraverso mezzi di coercizione, di qualunque tipo, sempre che il giudice le valuti "attendibili", dotate di sufficiente valore probatorio e consideri l'ammissione delle stesse nell'interesse della giustizia, se ottenute prima dell'entrata in vigore del *Detainee Treatment Act of 2005*, legge che disciplina le procedure di

interrogatorio degli *“enemy combatants”*. Se, invece, le dichiarazioni sono state raccolte successivamente all’entrata in vigore di quella legge, esse saranno ammissibili quali prove solo se venga rispettato anche un ulteriore parametro, ovvero quando le tecniche di interrogatorio non siano state *“cruel, inhuman, or degrading”*. Inoltre, i profili di incostituzionalità a cui si è fatto cenno si pongono a fianco di quelli relativi al contrasto con le norme internazionali ed, ancora, nonostante la pronuncia della Corte Suprema, con il testo del *“Common Article 3”* delle quattro Convenzioni di Ginevra. Ulteriore aspetto critico, sicuramente non trascurabile, della novella legislativa è rappresentato dalla negazione, questa volta addirittura con portata retroattiva, del diritto all’*habeas corpus* per gli *“unlawful enemy combatants”*, palesemente in contrasto con quanto già sancito dalla Corte Suprema.

Concludendo questa rassegna della giurisprudenza della Corte Suprema sul caso Guantanamo, si può dire che la Corte abbia tentato di porre in essere un’azione di riequilibrio del sistema senza produrre strappi eccessivamente traumatici che avrebbero potuto avere una ricaduta negativa sull’assetto costituzionale. Si tratta, peraltro, di un modello di *self-restraint* che si confà ad ogni Corte costituzionale interagente in una democrazia liberale. Nelle *“sentenze Guantanamo”* la Corte ha tentato di riequilibrare il rapporto tra la sicurezza nazionale, messa a

dura prova dagli attacchi terroristici, e la libertà personale soggetta ad una torsione stridente con i principi dello Stato di diritto. Il problema è, allora, quello di confrontare due polarità: libertà personale e sicurezza. Limitare o attenuare la tutela delle *civil liberties*, che sono a fondamento di ogni edificio di democrazia costituzionale, rischia di produrre crepe irreparabili nell'edificio stesso.

A proposito del rapporto tra libertà e sicurezza è opportuna un'altra digressione: a fronte della costante minaccia di un terrorismo internazionale privo di qualsiasi centro di imputazione, lo Stato, ed in particolare la Costituzione, acquista una nuova dimensione che pone in primo piano la dimensione della sicurezza. Questa appare sempre più come un elemento coesistente alla qualità della vita, che viene rivendicato e apprezzato in sé, e non solo come condizione di estrinsecazione di altre libertà o di esercizio di diritti. La sicurezza diviene diritto del cittadino, e compare in un contesto nel quale viene confrontata con altri valori, che definiscono così le condizioni e i limiti entro i quali la sicurezza può essere realizzata. In tal modo la sicurezza, più che essere un fine in sé, diventa uno strumento per accrescere la libertà.

CAPITOLO II

IL RAPPORTO TRA IL QUADRO NORMATIVO DELLA GRAN BRETAGNA IN MATERIA DI LOTTA AL TERRORISMO E LO HUMAN RIGHTS ACT. I COMPLESSI PROBLEMI SOLLEVATI DALLA “DICHIARAZIONE D’ILLEGITTIMITA’” DEI LAW LORDS NEL “CASO BELMARSH”.

2.1 La legislazione anti-terrorismo del Regno Unito alla vigilia dell’11 settembre come complessa sedimentazione normativa

Il Regno Unito, così come gli Stati Uniti, si è trovato nella condizione di dover implementare la normativa atta a contrastare il complesso fenomeno terroristico. Gli attentati al sistema di trasporto pubblico londinese del 2005 hanno indotto l’opinione pubblica a fare pressioni all’interno del sistema politico britannico affinché venissero approntati opportuni strumenti di tutela⁸⁴. L’ordinamento britannico ha risposto con provvedimenti che attribuiscono alle forze di sicurezza, interna ed esterna, poteri nuovi ed

⁸⁴E difatti anche nel Regno Unito “il cittadino comune, colpito nella confidenza della propria normalità di vita, assunto il ruolo di potenziale destinatario della cieca violenza che si dispiega per ragioni che lo sovrastano, si rivolge all’ordinamento affinché adotti strumenti di polizia preventiva più incisivi e minacci repressioni implacabili, apparendo disposto a rinunciare ad una parte della sua stessa libertà pur di sentirsi garantito, preservato dal ripetersi di aggressioni di tal fatta”. Cfr. ADRIANO MARTINI, *Difendere la democrazia da un nemico sconosciuto: il terrorismo in Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006

“insoliti” con l’effetto di aver inasprito la tutela coercitiva penale. Così come gli Stati Uniti, gli strumenti legislativi adottati nel Regno Unito hanno prodotto un effetto corrosivo sulla matrice democratica dell’ordinamento che invece si proponevano di tutelare⁸⁵. E’ necessario, tuttavia, premettere che le opzioni normative adottate dal Regno Unito hanno spesso risposto ad una logica di uniformazione a strumenti di diritto internazionale, sollevando sul piano ermeneutico un delicato problema di compatibilità tra i due livelli normativi⁸⁶.

Il complesso degli strumenti a vario titolo adottati dalle organizzazioni internazionali (in primo luogo gli atti adottati dall’UE in sede di cooperazione di polizia e giudiziaria, ma anche le risoluzioni adottate dagli organi dell’ONU

⁸⁵G.DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza*, Milano, 2005

⁸⁶ADRIANO MARTINI, *Difendere la democrazia da un nemico sconosciuto: il terrorismo in Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006 pp. 23 e ss; L’Organizzazione delle Nazioni Unite si è fatta promotrice di ben dodici convenzioni internazionali in materia di terrorismo, dalle quali sono derivati precisi obblighi di penalizzazione di taluni modelli di aggressione alla sicurezza della collettività internazionale, determinando criteri di massima per affermare la giurisdizione interna e le linee di collaborazione internazionale (estradizione) secondo il principio *no safe haven for terrorist*. Altrettanta attenzione è stata riservata al problema del terrorismo internazionale dalla Comunità europea. Il documento principale è da considerare la Convenzione europea per la repressione del terrorismo, conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1977, preoccupata di evitare che la natura obiettivamente politica di taluni fatti criminosi riconducibili nel più ampio *genus* degli atti terroristici, potesse ostacolare la collaborazione in materia giudiziaria tra gli stati membri. Negli anni successivi si segnalano, dopo i fatti dell’11 settembre 2001, la posizione comune del consiglio europeo del 27 dicembre 2001, relativa all’applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo e quindi la decisione quadro del Consiglio europeo del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo. Proprio la posizione comune 2001/931/PESC ha dato il via alla costituzione di una lista europea di organizzazioni terroristiche nei confronti delle quali attuare il più alto livello di cooperazione giudiziaria e di polizia al fine di garantire, rendendo più agevole il vaglio giurisdizionale, la più efficiente tutela su entità potenzialmente protagoniste di atti terroristici. Più di recente, merita attenzione la *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*, aperta alla firma degli stati membri e non membri il 16 maggio 2005.

quali strumenti di *soft law*) è certamente sintomo del grado di preoccupazione che il fenomeno del terrorismo, e in particolare, di quello internazionale suscita. Le linee direttrici, in estrema sintesi, portano a sollecitare gli stati membri ad adottare strumenti espressivi della universale condanna *“of the acts, methods and practices of terrorism, in all its forms and manifestations, as activities aimed at the destruction of human rights, fundamental freedom and democracy, threatening the territorial integrity and security of States, destabilizing legitimately constituted governments, undermining pluralistic society and having adverse consequences for the economic and social development of States”*⁸⁷, pur nell’esigenza di garantire che ciò avvenga con *“the full enjoyment of all human rights and fundamental freedoms”*⁸⁸. Appare estremamente significativo come, pur nella chiara rappresentazione della minaccia, tali organismi si siano sempre preoccupati di affermare in linea di principio, come vere e proprie premesse metodologiche alle scelte che adottavano, la considerazione che i principali valori per i quali la lotta doveva intraprendersi erano quelli della “democrazia e dello stato di diritto” per primi aggrediti dai crimini terroristici. Significativo sotto tale profilo il preciso richiamo contenuto nella Dichiarazione di

⁸⁷“Degli atti, metodi e pratiche di terrorismo, in tutte le sue forme e manifestazioni, come attività dirette alla lesione dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della democrazia, che minacciano l’integrità territoriale e la sicurezza degli Stati, che destabilizzano governi legittimamente costituiti, che minacciano la società pluralistica ed hanno conseguenze negative per lo sviluppo economico e sociale degli Stati”.

⁸⁸ “Il pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali”.

Vienna⁸⁹: *“States must ensure that any measure taken to combat terrorism complies with all their obligations under International law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee, and humanitarian law”*⁹⁰. Da quanto appena riportato risulta che la normativa britannica, come le altre normative nazionali, non potrebbero trarre legittimazione per introdurre, sia pure nella prospettiva di tutelare la comunità nazionale dall’aggressione estrema portata dal terrorismo, strumenti legislativi che neghino i diritti fondamentali delle persone sottoposte al magistero punitivo, siano essi cittadini o stranieri. Una simile conclusione non appare smentita dalla constatazione che gli stessi strumenti normativi preconizzano la possibilità di sospendere o negare i diritti fondamentali in casi estremi: “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” (art.15 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo) oppure “in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l’esistenza della nazione e che venga proclamato con atto ufficiale” (art.4 Patto internazionale sui diritti civili e politici). In tali ipotesi, infatti, la crisi che concretamente minaccia la nazione deve essere in atto e deve proporsi nei termini di un’alternativa implacabile, tra la adozione di strumenti

⁸⁹*Plan of Action (A/RES/60/288) Ch.2*

⁹⁰“ Gli stati devono assicurare che ogni misura presa per combattere il terrorismo sia compatibile con i loro obblighi di diritto internazionale e dovrebbero adottare queste misure in accordo con il diritto internazionale, in particolare con i diritti umani, il diritto dei rifugiati e il diritto umanitario”(trad. nostra).

di difesa commisurati all'aggressione e la soccombenza di un sistema politico preordinato a garantire i diritti del cittadino. Si tratta di condizioni che, come si vedrà, appare assai dubbio che si siano verificate all'interno dell'ordinamento britannico.

Fatte queste premesse, è necessario aggiungere che la legislazione anti-terrorismo britannica consta di una lunga serie di stratificazioni e sedimentazioni normative risalenti ai primi impieghi di strumenti repressivi *extra ordinem* ai tempi dell'emergenza del terrorismo indipendentista irlandese. Questi fattori endogeni ed il sovrapporsi dell'adozione di strumenti normativi a difesa dal terrorismo internazionale a quelli a difesa dal terrorismo interno hanno contribuito a rendere il quadro normativo britannico particolarmente complesso e frammentato. Agli strumenti normativi specificamente dedicati alla difesa da gravi emergenze terroristiche "interne"⁹¹ (il *Temporary Provisions for the Prevention of Terrorism Act* del 1974⁹², il *Prevention of Terrorism Act* del 1989 e il successivo *Emergency*

⁹¹E difatti, gravi compressioni della libertà personale in nome della sicurezza non sono affatto una novità assoluta nell'ordinamento britannico: basti pensare all'istituto della carcerazione senza processo, introdotto per un breve periodo nel 1971; cfr. P.LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito: la ricerca di un equilibrio tra disposizioni di legge, potere esecutivo e controllo giurisdizionale*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006, pp. 241 e ss.

⁹²In particolare con questa misura il governo intervenne sulla base dell'assunto che lo Stato ha il compito di proteggere la comunità, e che l'adempimento di questo compito giustifica anche la sospensione dei diritti e delle libertà fondamentali. Il carattere "eccezionale" di questa legge è testimoniato anche dalla presenza di un *terminus ad quem* di efficacia stabilito in 6 mesi dall'entrata in vigore. Una sua eventuale proroga avrebbe richiesto l'approvazione del Parlamento cfr. P.LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito: la ricerca di un*

Provisions Act del 1996) si sono aggiunti nuovi strumenti concepiti per il contrasto del terrorismo internazionale: il *Terrorism Act* del 2001 ed il *Prevention of Terrorism Act* del 2005⁹³. Si tratta, in estrema sintesi, di atti legislativi con i quali, preso atto del fatto che il terrorismo “*may have religious or ideological as well as political motivations*”⁹⁴ e che esso può estrinsecarsi in atti che, in quanto tali, non si concretizzano nella lesione di un bene giuridico mediante violenza, si anticipa la tutela a condotte con evento di pericolo anche se tenuti non all’interno del Regno Unito ma ovunque nel mondo. La normativa del 2000 ha così provveduto a descrivere una serie di *offences* che spaziano dalla condotta di organizzazione, direzione o partecipazione (*membership*)⁹⁵ ad una associazione proibita perché ne sono noti gli scopi, in quanto tale contenuta in un elenco il cui aggiornamento è affidato alla Segreteria di stato (*proscribed organization*), a condotte di

equilibrio tra disposizioni di legge, potere esecutivo e controllo giurisdizionale, in Democrazia e terrorismo, Napoli, 2006 il quale ricorda anche però che il Temporary Provisions for the Prevention of Violence Act del 1939, sia rimasto in vigore fino al 1954 nonostante la sua palese “eccezionalità”.

⁹³Sulla situazione normativa inglese cfr. A.BALDACCINI, *Public emergency in the United Kingdom after 11 September: a new challenge to the asylum and treatment of aliens*, in A.DE GUTTRY, *Oltre la reazione*; F.DE SANCTIS, *La deroga del Regno Unito alla Convenzione europea nell’ottica della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, Roma, 2003; V.EBOLI, *la legislazione antiterrorismo britannica*, in *Giur. It.*, Roma, 2005.

⁹⁴Con il *Terrorism Act* del 2000 si registra un sensibile ampliamento della nozione giuridica di terrorismo, in precedenza limitata all’ “uso della violenza per scopi politici, incluso quello di spaventare la società, o parte di essa”.

⁹⁵La sottosezione 9 definisce “*involvement in terrorism-related activity, for the purpose of the Act as: a) the commission, preparation or instigation of acts of terrorism; b) conduct which facilitates or is intended to facilitate the commission, preparation, or instigation of such acts; c) conducts which gives encouragement to the commission, preparation, or instigation of such acts; d) conduct which gives support or assistance to those known or believed to be involved in terrorism-related activity*”.

favoreggiamento o finanziamento (*support, found raising, money laundering, founding arrangements*), a condotte di reclutamento, a condotte di violazione di prescrizioni dettate nell'esercizio dei poteri conferiti dallo stesso atto, sino alla previsione di un obbligo di segnalazione a carico di chiunque partecipi ad un contratto, eserciti una professione, assolve ad un impiego (*disclosure of information*) sospetto di terrorismo. Particolari disposizioni sono dettate per la confisca dei beni strumentali di tali strutture organizzative. Sul piano dei poteri di polizia (*Part IV Terrorist investigations*) la sezione 40 sottosezione 2, contempla il potere di arresto senza mandato di persone gravate da ragionevoli sospetti di essere terroristi e più ampi poteri di perquisizione e sequestro.

Il *Terrorism Act 2000* identifica come terrorista chiunque si renda colpevole di uno dei reati in esso elencati e anche chi, più in generale, abbia commesso, preparato o istigato altri alla commissione di atti terroristici. La polizia è autorizzata ad arrestare e trattenere, senza necessità di convalida giudiziaria, chi possa essere ragionevolmente sospettato di essere un terrorista. Si tratta di una previsione normativa altamente lesiva della libertà personale che, come tutte le norme contenute nel *Terrorism Act 2000*, e a differenza della legislazione precedente, non ha carattere temporaneo.

Per quanto concerne la già accennata compressione della libertà di associazione, il *Terrorism Act 2000* innova rispetto alla legislazione precedente ampliando la categoria delle associazioni potenzialmente proscrivibili⁹⁶ e configurando uno specifico reato di affiliazione punibile con la reclusione fino a dieci anni⁹⁷. Anche l'atteggiamento nei confronti del processo di classificazione di un gruppo nella lista delle associazioni proscritte è stato sostanzialmente alterato dalla normativa del 2000. Nel caso in cui il Segretario di Stato rigetti un ricorso contro l'inserimento di un'associazione nella lista, è comunque possibile appellarsi alla neo-costituita Commissione d'appello per le associazioni vietate, organo indipendente dall'Esecutivo. Qualora il ricorso di fronte alla Commissione andasse a buon fine, o qualora un'associazione fosse, per un qualsivoglia motivo, eliminata dalla lista, i soggetti accusati di esserne membri avranno il diritto di rivolgersi alla Corte d'appello oppure alla *Crown Court* che saranno tenute ad ammettere il ricorso. La previsione di questi strumenti di tutela dei diritti individuali fungono da contrappeso alle numerose misure repressive introdotte dall'Act

⁹⁶La lista delle associazioni vietate, nella sua prima versione, includeva soltanto le associazioni di repubblicani estremisti e i *loyalist groups* quali IRA, esercito irlandese di liberazione nazionale, i gruppi protestanti Forza volontaria dell'Ulster e Combattenti per la libertà dell'Ulster.

⁹⁷Questo approccio è stato adottato principalmente per scoraggiare le manifestazioni in sostegno delle "organizzazioni terroristiche" ma ha al contempo minato profondamente il diritto di associazione e la libertà di espressione. Parte della dottrina britannica (P.LEYLAND, G.ANTHONY) sottolinea che se vietare alcune associazioni può presentare il vantaggio di rendere loro più difficile fare nuovi proseliti, al contempo le si costringe ad agire in segreto. Difatti, fin quando ne saranno in grado, gli affiliati tenderanno comunque ad operare in maniera nascosta, rendendo ancora più complessa l'attività investigativa della polizia e dei servizi di sicurezza.

del 2000. Oltre a rendere illegali il proselitismo, l'organizzazione e la gestione di riunioni riferibili alle associazioni vietate, viene anche proibito di indossare capi o esibire oggetti in un luogo pubblico, tali da far insorgere il dubbio che questi siano riferibili alle associazioni proscritte. Un'altra misura volta a combattere le associazioni terroristiche è quella di bloccare l'attività di raccolta fondi, sia all'interno che all'esterno del paese. E' infatti vietato prendere parte a qualsiasi attività volta a garantire il finanziamento o utilizzare denaro o proprietà in senso lato, per scopi collegati al terrorismo. In un'ottica simile, alla polizia sono stati conferiti ulteriori poteri di sequestro di beni di proprietà privata e in particolare di denaro, nonché la facoltà di ordinarne il "congelamento".

In secondo luogo, la legge accorda alla polizia nuove prerogative, tra le quali: accesso a qualsiasi luogo a fini ispettivi, sulla base del ragionevole sospetto che un terrorista vi si possa nascondere; potere di arrestare chiunque, sulla base del mero sospetto, stia commettendo, abbia commesso o commetterà uno dei reati indicati nel testo o negli allegati della legge del 2000. Preme sottolineare che l'arresto è ordinato a prescindere dalle prove a carico

raccolte, esso si può basare esclusivamente su sospetti che la polizia abbia maturato nel corso della sua attività investigativa⁹⁸.

In terzo luogo, la legge ha conferito alle autorità di polizia ulteriori poteri anche dopo l'arresto, permettendo loro di trattenere il sospetto terrorista anche in assenza di un'incriminazione formale⁹⁹. La normativa antiterrorismo stabiliva in principio un massimo di 48 ore di detenzione (configurandosi come *lex specialis* nei confronti del *Police and Criminal Evidence Act 1984*)¹⁰⁰ e ha in seguito ammesso la detenzione di sospetti terroristi fino a sette giorni¹⁰¹. Come garanzia, il Segretario di stato avrebbe dovuto riesaminare la misura preventiva periodicamente prima di autorizzarla per ulteriori cinque giorni, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Brogan vs United Kingdom*¹⁰² ha affermato che privare un individuo della libertà per più di quattro giorni è incompatibile con l'art. 5.3 della Convenzione. Infatti questa

⁹⁸Le autorità godono di immunità in relazione alle prove e ai documenti ammissibili in procedimenti relativi a molti reati indicati nella legge. Inoltre, viene previsto uno specifico a reato consistente nel far circolare informazioni che possano pregiudicare le investigazioni relative al terrorismo.

⁹⁹La polizia ha pubblicamente sostenuto la necessità di elevare il limite per il fermo fino a 90 giorni, argomentando che la detenzione del sospettato è fondamentale al fine dell'attività di raccolta di elementi probatori, anche se i critici hanno sottolineato che trattenere membri delle minoranze per un lungo periodo potrebbe causare ulteriore alienazione e ostilità trasformando le comunità in un terreno ancor più fertile per il terrorismo, cfr. M.T. OLIVER KING, *Met chief urges Mps to back terror bill*, in *The Guardian* dell'8 novembre 2005; C. GEARTY, *It's 1867 all over again*, in *The Guardian* dell'8 novembre 2005.

¹⁰⁰Il *Police and Criminal Evidence Act* è una legge britannica del 1984 che ha attribuito alla polizia il potere di fermare, ricercare e arrestare sospetti criminali a tutela dei cittadini cfr. D. FELDMAN, *Civil liberties and human rights in England and Wales*, Oxford, 2002.

¹⁰¹Si vedano il *Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act* del 1984 e del 1989

¹⁰²Corte europea dei diritti dell'uomo, n.145 (1988) II EHRR 117.

disposizione, che prevede che il soggetto detenuto senza convalida sia tradotto al più presto di fronte a un giudice, garantisce la libertà personale contro arresti arbitrari. Alla decisione *Brogan* il Governo inglese ha risposto, sulla base della necessità di tutelare la sicurezza nazionale, derogando, con il *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* del 1989, all'art 5.3. Il *Terrorism Act* manteneva dei 7 giorni di detenzione senza convalida¹⁰³.

Dal punto di vista dei meccanismi di controllo, il *Terrorism Act 2000* ha introdotto alcune nuove garanzie. Innanzitutto il potere di riesaminare i casi non è più un'esclusiva competenza del Segretario di Stato; infatti, dopo l'arresto, un ufficiale di polizia, di grado non inferiore all'*inspector*, deve, nella maniera più celere possibile, rivedere la "prova" che ha portato al fermo del soggetto, e deve continuare a farlo a intervalli non inferiori alle 12 ore. A questo monitoraggio si aggiunge quello di un ufficiale anziano di grado non inferiore al *super intender* che deve riesaminare il caso qualora l'arresto si sia protratto oltre le 24 ore. Qualora sia necessario trattenere ulteriormente il sospettato, deve intervenire un organo giudiziario indipendente: difatti, soltanto un *senior district judge* potrà autorizzare il protrarsi della detenzione senza convalida oltre le 48 ore¹⁰⁴.

¹⁰³Con il *Criminal Justice Act 2003* si registrerà un incremento di limite a 14 giorni.

¹⁰⁴Per quanto concerne i reati comuni vi è da registrare un'apparente aporia in quanto il *Criminal and Justice Act* del 2003 prevede che un individuo possa essere trattenuto, durante le prime 24 ore, senza poter comunicare con altre persone, né tanto meno con un legale, estendendo, *de facto*, la

Un'ulteriore disposizione del *Terrorism Act 2000*, nega l'ingresso o impone l'espulsione dal paese di sospetti terroristi. Innanzitutto, il Segretario di Stato può rifiutare, modificare o ritirare un visto di ingresso o un permesso di soggiorno nel Regno Unito, così come può addirittura ordinare l'allontanamento del soggetto dal territorio nazionale. In teoria può essere ordinata anche l'espulsione di sospetti terroristi, ma questa fattispecie ricade sotto la disciplina dell'*Immigration Act* del 1971. I poteri di allontanamento, esclusione dall'ingresso nel Regno Unito ed espulsione erano previsti dalla legislazione antiterroristica anche in precedenza,¹⁰⁵ ma il *Terrorism Act 2000* ne ha marcato una netta implementazione.

Da quanto sommariamente esposto emerge con chiarezza che il principale effetto della densa stratificazione normativa vigente nel Regno Unito alla vigilia del 2001 in materia di terrorismo, è stato quello di garantire alle forze di polizia e di sicurezza poteri eccezionali. L'estensione di questi poteri dava ragione di potenziali abusi nonostante la progressiva introduzione di meccanismi di controllo giudiziario, o comunque, di traslazione di competenza in favore di organi indipendenti dall'esecutivo, relativamente

potenziale durata della detenzione, senza incriminazione, da parte della polizia ben oltre il limite massimo di 48 ore previsto per il fermo nei casi di terrorismo.

¹⁰⁵Ad esempio il *Prevention of Terrorism Act* del 1989 prevedeva che il Segretario di Stato, se convinto che un individuo fosse coinvolto nella commissione, o nella preparazione di un atto terroristico connesso all'Irlanda del Nord, oppure se il suo ingresso nel paese avesse come scopo il coinvolgimento in attività terroristiche in generale, potesse emanare un ordine di esclusione dall'ingresso con validità non superiore ai 3 anni. Tra il 1976 e il 1987 la polizia ha fatto richiesta al Segretario di Stato di emanare 390 ordini di cui 353 sono stati concessi.

alle questioni più delicate. Il successivo *Anti-terrorism Crime and Security Act* del 2001 segna un momento di svolta radicale nell'evoluzione della normativa anti-terrorismo. Come risulterà dal prosieguo della trattazione, alcune norme estrapolabili da quella legge hanno costituito un grave *vulnus* alla libertà personale e ai diritti fondamentali dell'individuo, i quali, benché non formalizzati in una costituzione scritta, avevano trovato accoglimento nell'impianto costituzionale inglese con lo *Human Rights Act* del 1998.

2.2 Il *Prevention of Terrorism Act 2001* e la sospensione dell'Art.5 della CEDU

Nel dicembre 2001, il governo del Regno Unito implementò la legislazione anti-terrorismo in risposta agli attacchi di New York e Washinton dell'11 settembre 2001. Il risultato di questa operazione è rappresentato dal *2001 Anti-Terrorism Crime and Security Act*, il quale contiene disposizione atte a dare esecuzione alle iniziative dell'Unione Europea in sede di cooperazione di polizia e giudiziaria e, in particolare, al "congelamento" delle risorse finanziarie dei sospetti terroristi. Altre innovazioni di rilievo sono costituite dal divieto all'incitamento all'odio religioso e ad un ulteriore rafforzamento delle autorità di polizia in fase investigativa. Le disposizioni legislative

maggiormente controverse sono quelle contenute in gran parte nella *Part 4* dell'*Act* e rubricate sotto la denominazione "Immigrazione e asilo". Tali disposizioni rafforzano i poteri di espulsione coatta di stranieri sospettati di attività terroristiche dal territorio del Regno Unito senza aver riguardo al loro *status* in relazione al diritto di asilo, ed autorizzano la detenzione a tempo indeterminato nel caso in cui non fosse possibile trasferirli in un paese estero. La detenzione di immigrati, senza alcuna possibilità di intraprendere azioni a tutela del loro *status*, è stata immediata sospettata di esorbitare dai casi in cui l'art.5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) consente la sospensione del diritto di libertà personale¹⁰⁶. La CEDU è stata incorporata nel diritto interno del Regno Unito con lo *Human Rights Act 1998*e, il governo, onde evitare un inadempimento degli obblighi contratti, si è avvalso del diritto di deroga previsto dall'art.15 CEDU¹⁰⁷. La deroga ai sensi dell'art.15 fu annunciata al Parlamento dall'*Home Secretary*, il quale sostenne

¹⁰⁶Si veda inoltre la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo secondo cui la detenzione cessa di essere lecita per l'art.5 della Convenzione se il procedimento di espulsione non è condotto con la dovuta diligenza e se necessità di un'eccessiva quantità di tempo (*Chahal vs. United Kingdom*) (22414/93) [1996] ECHR 54 (15 November 1996).

¹⁰⁷Questo articolo prevede che: "In tempo di guerra o altra emergenza pubblica che minacci la vita di una nazione ogni Alta Parte Contraente può adottare misure che derogano agli obblighi contratti con la Convenzione, per quanto sia strettamente richiesto dalla situazione di emergenza e provvede affinché dette misure non contrastino con altri obblighi di diritto internazionale".

che le circostanze integravano i presupposti di “emergenza pubblica” configurati dalla Convenzione.¹⁰⁸

Le norme contenute nella *Part 4* dell’*ATCSA 2001* costituiscono dunque lo strumento attraverso il quale il governo ha dato sostanzialmente attuazione alla deroga, dando adito ad una rottura “costituzionale” all’interno dell’ordinamento, che, con lo *Human Rights Act 1998* si era dato aveva una vera e propria carta dei diritti fondamentali tendenzialmente intangibili (per una trattazione approfondita degli effetti della *incorporation* della CEDU nell’ordinamento britannico v. par.III)

L’*Anti-Terrorism Act 2001* non contiene una nuova definizione di terrorismo, esso si limita a rinforzare e ad introdurre nuovi poteri di polizia e nuove misure preventive in connessione con la definizione di terrorismo fornita dal *Terrorism Act 2000*¹⁰⁹, che si è già vista essere dai contorni molto ampi. Le norme della *Part 4* dell’*ATCSA 2001* sono state emanate con il preciso intento di evitare che il Regno Unito diventi un “*safe haven*” per i terroristi¹¹⁰. Le

¹⁰⁸La notifica della deroga alle altre parti contraenti fu immediatamente foriera di polemiche e controversie. Difatti, nessun altro membro del Consiglio d’Europa aveva ritenuto opportuno derogare la CEDU nell’implementare le misure anti-terrorismo. Preoccupazioni per la sospensione di alcuni diritti umani fondamentali furono espressi anche dal *United Nations Human Rights Committee*. Le controversie si concentrarono ovviamente sull’esistenza di uno stato d’emergenza, dal momento che l’*intelligence* aveva assicurato che non vi era un rischio imminente di attacchi terroristici.

¹⁰⁹Cap. II par. I

¹¹⁰Come si legge nella relazione governativa allegata alla legge “Le norme della parte 4 sono state pensate per evitare che i terroristi abusino delle nostre procedure di immigrazione ed asilo e del

misure di deroga consentono al governo di eludere le “stringenti norme sull’ammissibilità delle prove nel sistema processuale penale del Regno Unito e l’elevata attendibilità delle prove richiesta affinché questi sospetti terroristi che abusano dell’ospitalità del Regno Unito possano essere trattati adeguatamente”¹¹¹.

Le misure anti-terrorismo introdotte nella *Part 4* hanno prodotto effetti che hanno travalicato l’originaria intenzione di catturare “sospetti terroristi internazionali”. Con l’identificazione preventiva del problema come di un abuso delle procedure di immigrazione e di asilo, si pongono le basi per un radicale capovolgimento dei principi che sono alla base della protezione dei rifugiati, come, ad esempio, la necessità di verificare il rischio di persecuzione in caso di espulsione dell’immigrato nel paese d’origine. Inoltre queste misure sembrano potenzialmente idonee a colpire non solo sospetti terroristi ma anche membri di organizzazioni e movimenti politici di tutto il mondo, e in particolare, di quegli Stati che non tollerano alcuna forma di dissenso politico. Di conseguenza le persone in fuga da repressioni e violenza al loro arrivo nel Regno Unito rischiano di fronteggiare la prospettiva dell’internamento. Le nuove misure emergenziali del 2001 rendono infatti

porto sicuro che offriamo ai rifugiati”. L’idea che la normativa del Regno Unito potesse favorire la permanenza di terroristi, attraverso le difficoltà frapposte all’extradizione di dissidenti politici era già stata avanzata negli anni’90 in sede diplomatica dai governi di Turchia, Arabia Saudita, Algeria e Sri Lanka.

¹¹¹*Derogation Order* della Convenzione

ancor più problematica la posizione dei rifugiati e di coloro in cerca di asilo rispetto alla loro già incerta collocazione all'interno della legislazione del 2000. Le loro richieste possono essere, infatti, del tutto ignorate, comportando l'esclusione dello *status* di rifugiato. Infine se non risulti possibile l'espulsione verso il paese d'origine a causa del rischio di torture e altri trattamenti inumani, possono essere detenuti indefinitamente senza la necessità che nei loro confronti venga formalizzata un'accusa¹¹².

Le misure dell'*Anti-Terrorism Act* vanno contestualizzate, inoltre, nel profondo quadro delineato dalla legislazione precedente, con particolare riguardo al *Terrorism Act 2000*, che, si è visto, amplia in maniera considerevole la nozione di terrorismo. Quale corollario del già esaminato potere di proscrizione di organizzazioni sospettate di avere legami con il terrorismo, l'*ATCSA 2001* prevede il potere dell'*Home Secretary*, il cui esercizio appare connotato da ampia discrezionalità, di qualificare una persona fisica quale "terrorista internazionale" sulla base del ragionevole sospetto che il soggetto sia un terrorista e che la sua presenza nel Regno Unito costituisca un rischio per la sicurezza nazionale. La qualificazione di un soggetto come "terrorista internazionale" produce una serie di effetti nell'ambito del diritto migratorio interno, quali la negazione dell'ingresso o

¹¹²A.BALDACCINI, *Public emergency in the United Kingdom after 11 September: a new challenge to the asylum and treatment of aliens*, in A.DE GUTTRY, *Oltre la reazione : complessità e limiti nella Guerra al terrorismo internazionale dopo l'11 settembre*, Pisa, 2003.

l'espulsione coatta del soggetto dal Regno Unito o, come già accennato, nella detenzione, qualora non sia possibile porre in essere l'espulsione per questioni materiali o giuridiche¹¹³. La detenzione a tempo indeterminato si è già visto essere astrattamente ammissibile in seguito all'esercizio della facoltà di delega prevista dall'art. 15 CEDU¹¹⁴. Tale detenzione è soggetta a regolare ed indipendente riesame della *Special Immigration Appeals Commissions (SIAC*¹¹⁵). Questa previsione funge da contrappeso alla rimozione della facoltà di adire una corte mediante *writ of habeas corpus*, sebbene le decisioni del SIAC siano impugnabili alla *Court of Appeal* per motivi di diritto e successivamente alla *House of Lords*, fino al 2008 vertice del potere giurisdizionale nel Regno Unito.

A testimoniare la natura abnorme delle disposizioni sulle misure detentive contenute nell'*Act*, si segnala la facoltà attribuita al *Secretary of State* di rimuovere attraverso un provvedimento unilaterale i limiti alla detenzione fissati dall'*Act* in 15 mesi. Il testo originario dell'*Act* disponeva che le

¹¹³L'impossibilità giuridica sarebbe determinata dal rischio di violazione dell'art.3 CEDU che vieta la tortura ed altri trattamenti inumani o degradanti. L'impossibilità materiale può consistere nella difficoltà di stabilire una rotta di viaggio o l'assenza di documenti di viaggio.

¹¹⁴Per approfondimenti cfr. WARBRICK, *Emergency derogations and the EHCR: the United Kingdom derogation after 11th September*, in *JUSTICE Conference, Terrorism: mapping the new Legal framework*, Londra, 2002

¹¹⁵Il SIAC era stato creato dallo *Special Immigration Appeals Commissions Act 1997* per dare una tutela giurisdizionale ai casi di immigrati che richiedevano asilo politico. Esso fece seguito ad una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo che aveva ritenuto il diritto dell'immigrazione del Regno Unito carente di rimedi effettivi a tutela dei soggetti a rischio di persecuzioni politiche ai sensi dell'art.13 CEDU (*Chahal vs. United Kingdom*). L'*Act* prevede una serie continua di riesami della custodia da parte del SIAC.

disposizione sulla detenzione cessassero di avere efficacia nel novembre 2006 (c.d. *sunset clause*¹¹⁶). Nei primi anni di applicazione dell'Act la *sunset clause* rappresentò l'unico spiraglio giuridico per i soggetti detenuti con la qualifica di "sospetti terroristi internazionali". Il procedimento di riesame del provvedimento di detenzione da parte del SIAC, a differenza di quanto accadesse nella sospesa *petition of habeas corpus*, si fonda su un modello tendenzialmente inquisitorio. Il SIAC è chiamato a riesaminare il provvedimento dell'*Home Secretary* sulla base di informazioni segrete raccolte dall'amministrazione che non possono essere portate a conoscenza del detenuto. Qualora il SIAC debba porre a fondamento della propria decisione materiale concernente la sicurezza nazionale, il detenuto deve essere rappresentato da uno speciale avvocato d'ufficio, onde evitare che l'inquisito e il suo legale di fiducia vengano a conoscenza di tali fonti di prova riservate. All'avvocato "speciale" non è data possibilità di ricevere istruzioni dal detenuto e dai suoi avvocati di fiducia, rendendo così materialmente impossibile la contestazione del materiale probatorio raccolto dall'*intelligence*.¹¹⁷

¹¹⁶A. BALDACCINI, *Public emergency in the United Kingdom after 11 September: a new challenge to the asylum and treatment of aliens*, in A. DE GUTTRY, *Oltre la reazione : complessità e limiti nella Guerra al terrorismo internazionale dopo l'11 settembre*, Pisa, 2003.

¹¹⁷La regolarità di questo procedimento che nega i diritti fondamentali di difesa in giudizio è stata fonte di accese discussioni. Per approfondimenti cfr. il rapporto di AMNESTY INTERNATIONAL, *Rights at risk*

Inoltre, sebbene il SIAC abbia formalmente la possibilità di annullare una decisione dell'*Home Secretary*, negando la sussistenza del "ragionevole sospetto", il recente *case law* dimostra come la discrezionalità dell'organo amministrativo sia fortemente compressa dalla persuasione esercitata da importanti pronunce giurisprudenziali. Fin da prima dell'11 settembre, la *House of Lords* aveva statuito che "le minacce alla sicurezza nazionale costituiscono una materia di interesse primario per l'amministrazione, che è il migliore giudice nell'adottare provvedimenti e strategie per combattere il terrorismo anche nell'ottica della cooperazione internazionale"¹¹⁸ Gli attentati dell'11 settembre sembrano aver acuito la deferenza delle Corti nei confronti dell'esecutivo rendendo sempre più raro che la procedura di verifica innanzi al SIAC si traduca in un perizioso scrutinio delle *Secret evidences* raccolte. Anche nel Regno Unito dunque, Come negli Stati Uniti, l'*enforcement* delle misure anti-terrorismo si è tradotto in un vuoto di tutela, dando adito a possibili abusi, amplificati dall'assenza nella nuova legislazione, della facoltà per il sospetto terrorista di essere trasferito in un paese terzo di

¹¹⁸*Secretary of State for the Home Department vs. Rehman UKHL 47 (2001)*. Il caso riguardava un cittadino pakistano accusato di aver finanziato l'addestramento di combattenti del Kashmir contro l'India. Il SIAC aveva ritenuto che anche se l'accusa fosse fondata, il che era dubbio, la potenziale minaccia non era diretta al Regno Unito o ai suoi cittadini. La *Court of Appeal*, e poi la *House of Lords* accolsero le argomentazioni del governo secondo cui la direzione della minaccia verso un paese estero era requisito sufficiente a giustificare la detenzione.

La deferenza delle Corti nei confronti dell'esecutivo è inoltre testimoniata da altri precedenti redatti durante la prima guerra del golfo e concernenti *British residents* di origine palestinese o irachena, detenuti sulla base di un presunto coinvolgimento nell'attività di gruppi terroristici e nel potenziale rischio per la sicurezza nazionale. Cfr GEARTY, *Political violence and civil liberties*, in McCRUDEN and CHAMBERS, *Individual Rights and the Law in Britain*, Oxford, 1994

sua scelta qualora sia impossibile l'espulsione nel paese d'origine per il *fumus* di violazione dei diritti umani¹¹⁹. Le persone arrestate a norma della *Part 4* dell'*ATCSA 2001* vengono internate in carceri di massima sicurezza e sottoposte a trattamenti particolarmente duri, generalmente riservati a quelli che il diritto penitenziario britannico chiama "Prigionieri di categoria A"¹²⁰ Il SIAC, fin dalle sue prime pronunce in merito alla liceità delle detenzioni, si è inoltre arrogata la possibilità di conoscere ogni questione riguardante la legittimità del *notice of derogation* della CEDU da parte del Regno Unito, dando luogo ad una serie di impugnazioni che condurranno la *House of Lords* ad esprimersi definitivamente sulla questione a margine della sentenza sul caso *Belmarsh* (V. par.III e IV). La liceità delle deroga venne quindi considerata una questione preliminare al giudizio di merito¹²¹.

Se la detenzione senza processo è stata inizialmente concepita come una misura temporanea, la *Part 4* introduce norme permanenti che violano gli *standard* in materia di diritti umani in un settore non collegato in via

¹¹⁹In questo senso si veda il *Report della Joint Committee of Human Rights:* "In our view, it is essential for the Bill to be clarified to ensure that the object and purpose of the exceptional power to detain is confined only to cases where the government has concluded that it would be impossible or inappropriate to prosecute the person, and is seeking diligently for a safe country".

¹²⁰Cfr. *The Observer, Doctors attack blunkett over dying terror suspect, 21 July 2002.*

Secondo *Amnesty International* e il comitato europeo per la prevenzione della tortura che effettuarono una visita di emergenza nel febbraio 2002 per investigare circa il trattamento riservato ai prigionieri, le condizioni delle carceri sarebbero "barbariche"

¹²¹Nel luglio 2002 il SIAC ha statuito che la deroga alla convenzione, dal momento che consente la detenzione senza processo dei soli cittadini stranieri costituisce una discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU.

immediata alla minaccia delle attività terroristiche, quale quello relativo alla protezione dei rifugiati. La *Section 33* dispone che le richieste di asilo non possano essere ricevute qualora il *Secretary of State* ritenga che l'espulsione del richiedente asilo sia d'ausilio al bene pubblico, e non violi la Convenzione sui rifugiati del 1951¹²². In caso di ricorso al SIAC questo è chiamato in primis a deliberare sulla validità del provvedimento del *Secretary of State* e, qualora concordi con la sua valutazione, ordina l'interruzione della richiesta di asilo. Secondo la *Section 34, Articles 1(F) e 33(2)* la disposizione precedente deve essere interpretata dando priorità alla sicurezza pubblica su ogni pericolo che il richiedente asilo allegghi alla sua richiesta. Queste disposizioni si applicano tendenzialmente a tutte le richieste di asilo, sia che provengano da individui sospettati di attività terroristiche o meno. La Convenzione per i rifugiati prevede la possibilità di negare la protezione quando si verificano specifiche condizioni effettivamente incorporate nella legislazione dell'emergenza britannica, ma le conseguenze estreme cui dà luogo l'applicazione di norme così restrittive devono condurre l'interprete ad effettuare una delicata operazione ermeneutica tesa ad una interpretazione restrittiva delle norme stesse.¹²³ L'Art. 1(F) della Convenzione sui rifugiati prevede la c.d. "clausola di esclusione"; essa assicura che coloro che abbiano posto in essere *gross violations* dei diritti umani (quali crimini di guerra e crimini contro l'umanità),

¹²²Articolo 1(F) e 33(2) dell'ATCSA 2001

¹²³UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for determining refugee status*, Ginevra, 1979.

gravi crimini non politici fuori dal paese ospitante, e atti contrari ai principi delle Nazioni Unite non possano ottenere lo *status* di rifugiati. L'art. 33(2) consente il rimpatrio dei rifugiati che siano considerati un pericolo per la sicurezza nazionale del paese. Questa disposizione costituisce l'unica eccezione al principio del *non-refoulement* che protegge i rifugiati dall'espulsione nei paesi d'origine ove le loro vite o libertà sarebbero a rischio¹²⁴. Le due disposizioni hanno natura e scopi differenti. L'art. 1(F) configura un vero e proprio obbligo per lo Stato in relazione a soggetti che abbiano posto in essere gravi crimini. L'art. 33(2) afferisce alla potenziale minaccia costituita dai rifugiati per il paese ospitante e richiede che la potenziale minaccia venga bilanciata con le conseguenze derivanti dall'espulsione del rifugiato. In assenza di un accordo internazionale sulla definizione di terrorismo, la politica del governo del Regno Unito, è stata quella di sussumere i fatti dell'11 settembre entro la categoria dei crimini contro l'umanità e di atti contrari ai principi delle Nazioni Unite, così come enucleati dalla clausola di esclusione dell'art. 1(F) della Convenzione. Secondo questa costruzione teorica dunque, le disposizioni della *Part 4* dell'ATCSA non violerebbero gli obblighi internazionali contratti con la

¹²⁴La Convenzione sullo *status* dei rifugiati, all'art. 33(1) proibisce agli stati contraenti di "espellere o rimandare in ogni maniera il rifugiato alle frontiere dei territori ove la sua vita o libertà sarebbe minacciata a causa della sua razza, nazionalità, religione, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o politico".

Convenzione. Tuttavia parte della dottrina¹²⁵ ha messo in luce la dicotomia insanabile tra la *Section 33* dell'ATCSA e la Convenzione sui rifugiati. La *Section 33* difatti autorizza l'*Home Secretary* ad emanare provvedimenti che escludono un soggetto dallo *status* di rifugiato per attività non coperte dalla clausola di esclusione della Convenzione¹²⁶. Inoltre la disposizione prevede che il provvedimento acquisti efficacia prima di ogni valutazione sulla consistenza della richiesta del rifugiato.

Da questa rapida rassegna sulla legislazione anti-terrorismo emanata all'indomani dell'11 settembre emerge chiaramente una compressione della libertà personale e dei diritti umani fondamentali, con particolare riguardo agli *standard* internazionali di protezione dei rifugiati e dei richiedenti asilo. Gli effetti dirompenti della nuova normativa sono stati amplificati dal "combinato disposto" tra la nuova legge e la pregressa ampia definizione di terrorismo del *Terrorism Act 2000*. La reazione al nuovo fenomeno del terrorismo internazionale sembra essersi tradotta, anche in Gran Bretagna, in una grave lesione del diritto di tutela giurisdizionale avverso provvedimenti

¹²⁵A.BALDACCINI, *Public emergency in the United Kingdom after 11 September: a new challenge to the asylum and treatment of aliens*, in A.DE GUTTRY, *Oltre la reazione : complessità e limiti nella Guerra al terrorismo internazionale dopo l'11 settembre*, Pisa, 2003; H.FENWICK, *Responding to 11 september: Detention without trial under the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, Oxford, 2002

¹²⁶Come ad esempio la mera esistenza di un legame associativo tra il soggetto e il membro di un organizzazione terroristica o la minaccia di una futura minaccia alla sicurezza nazionale basata sulla percezione di semplici sospetti, più che sull'accertato compimento di pregresse attività terroristiche.

restrittivi della libertà personale, snaturando i principi del *due process* su cui da secoli si fonda il diritto processuale penale britannico. Anche la normativa anti-terrorismo del Regno Unito si configura, infatti, come una sorta di *lex specialis* esulante dagli ordinari percorsi di giustizia. Inoltre, la normativa britannica si caratterizza per il suo carattere fortemente discriminatorio nei confronti dei non cittadini (la quale condizione è per certi versi assimilabile agli *enemy aliens* del contesto statunitense). Sia negli Stati Uniti che nel Regno Unito, seppure con forme ed intensità differenti, si è verificata una grave menomazione del diritto di difesa e di tutela della libertà personale, cristallizzata nell'impossibilità di attivare procedure giurisdizionali ordinarie. Le norme della *Part 4* dell'ATCSA hanno, infine, creato una profonda aporia all'interno dell'ordinamento britannico il quale, con il *Human Rights Act 1998* aveva incorporato i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, causando così una grave tensione di carattere costituzionale.

2.3 L'impatto dello *Human Rights Act 1998* nell'ordinamento del Regno Unito e la tensione tra la CEDU e l'*Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001*

Le misure anti-terrorismo susseguitesi negli ultimi anni hanno dunque compresso le libertà civili previste dallo *Human Rights Act 1998*. Quest'ultima

legge rappresenta una novità estremamente rilevante nel quadro costituzionale del Regno Unito, in quanto ha “incorporato” la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali nell’ordinamento. Prima del 1998 l’ordinamento giuridico inglese aveva funzionato senza alcuna formale dichiarazione dei diritti dei cittadini.

Il principio cardine storicamente sedimentatosi nella storia costituzionale britannica è costituito dalla sovranità parlamentare, secondo cui il legislatore non incontra limiti formali nello svolgimento della sua attività legislativa. La centralità di tale principio non viene scalfita, ma solo ridimensionata dall’ingresso dello *Human Rights Act 1998* nell’ordinamento. A differenza di quel che accade negli Stati Uniti con il *judicial review*, alle corti inglesi non è data la possibilità intervenire direttamente sulla volontà del legislatore¹²⁷, nel rispetto del principio di onnipotenza parlamentare, in base al quale il Parlamento può astrattamente legiferare in contrasto con i diritti fondamentali¹²⁸.

¹²⁷In *Jackson vs. Attorney general* (2005) UKHL 56 è fallito un tentativo di eccepire la validità dell’*Hunting Act 2004*

¹²⁸P.LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito: la ricerca di un equilibrio tra disposizioni di legge, potere esecutivo e controllo giurisdizionale*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006

R vs. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Simms (1999) UKHL 8, il relatore della sentenza Lord Hoffman scrive: “Sovranità Parlamentare significa che il Parlamento può, se lo decide, legiferare in contrasto con i principi fondamentali sui diritti umani, Lo *Human Rights Act 1998* non sminuisce in alcun modo questo potere e gli pone limiti esclusivamente politici e non giuridici. Allo stesso tempo, però, il principio di legalità impone al Parlamento di considerare

Un altro principio storicamente caratterizzante l'ordinamento costituzionale britannico è costituito dal *rule of law*, dal quale si desume, quale corollario, che i pubblici poteri devono agire nel rispetto di essa¹²⁹. Tale principio vale a qualificare non solo l'attività delle strutture amministrative facenti capo al potere esecutivo, ma anche lo stesso Parlamento che si presume agisca in conformità alle stesse disposizioni che ha concorso a creare. Poiché lo *Human Rights Act* dispone che l'attività legislativa del Parlamento debba essere conforme alle prescrizioni della Convenzione, secondo una parte della dottrina la conformità alla CEDU, aprirebbe uno spiraglio per l'ingresso di una sorta di "legalità costituzionale" all'interno dell'ordinamento britannico. Si viene dunque ad enucleare un'apparente antinomia con il principio della sovranità del Parlamento dal momento che questo appare vincolato *pro*

attentamente il suo operato e accettarne il costo politico. I diritti fondamentali non possono essere messi in discussione da parole generiche ed ambigue; infatti, esiste un enorme rischio che durante il processo democratico non si colgano tutte le implicazioni connesse al loro intrinseco significato. In mancanza di un linguaggio chiaro o, al contrario, di implicazioni evidenti e necessarie, le Corti evidentemente presumono che qualsiasi lemma, anche il più generico, sia stato pensato come soggetto al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. Le Corti del Regno Unito, pur tenendo conto del principio di sovranità parlamentare, danno attuazione ai principi costituzionali secondo modalità analoghe a quelle delle autorità giurisdizionali dei Paesi in cui il potere legislativo è espressamente limitato da un documento costituzionale".

¹²⁹Il principio della *rule of law* costituisce uno dei più preziosi retaggi del costituzionalismo inglese. Attraverso tale principio si perviene ad affermare la superiorità formale della legge del Parlamento sia sull'attività giurisdizionale che ad essa si deve conformare sia sulle altre autorità riconosciute all'interno dell'ordinamento che sono sempre sottoposte ai vincoli legislativi. Per queste premesse la *rule of law* è tradizionalmente considerata l'antesignana dei principi di legalità e dello stato di diritto sul continente europeo.

futuro dalle prescrizioni dello *Human Rights Act* che si ergerebbero al di sopra delle altre leggi formali.

Tuttavia, si noterà nel prosieguo della trattazione che la portata di tale tensione non va sopravvalutata. Da una parte infatti non esiste nell'ordinamento britannico un'autorità giurisdizionale fornita della potestà di espungere una norma di legge dall'ordinamento, dall'altro è fatto salvo il principio della sovranità parlamentare, temperato però dalla possibilità per le Corti di emanare "sentenze monitorie" in relazione alla compatibilità delle norme di legge con la CEDU. Appare, dunque, invano cercare di ipostatizzare nelle categorie della gerarchia delle fonti il rapporto tra *Human Rights Act* e altre leggi. Al primo va infatti riconosciuto il tenue effetto di superiorità "ermeneutica" sulle altre disposizioni dell'ordinamento, sicché l'operatore del diritto dovrà sempre tentare un'"interpretazione adeguatrice" di queste. Si tratta tuttavia di un effetto che, per sua natura, non potrà che valere *rebus sic stantibus*.

Prima dell'emanazione del HRA 1998, uno dei fondamenti del quadro costituzionale britannico, era l'opposizione tra il concetto di diritti negativi e libertà positive. Dicey riteneva che i primi fossero inclusi nel *rule of law*; in particolare egli sosteneva che il diritto alla libertà personale fosse garantito dal rispetto del principio secondo cui nessun uomo può essere detenuto se

non nei modi e nei tempi previsti dalla legge. In altre parole l'azione degli organi pubblici, inclusa la polizia, è limitata dalla legge. Questa ricostruzione si basa su due assunti: che nel tempo si siano sviluppate nuove leggi e nuove azioni processuali e che i giudici agiscano in funzione di guardiani della libertà.

La prospettiva storica permette di sottolineare che, in alcuni casi, l'azione dell'Esecutivo è stata limitata dal Parlamento e al cittadino sono stati garantiti particolari diritti¹³⁰.

Relativamente alla legislazione antiterroristica viene in rilievo la garanzia della libertà dall'arresto e dalla detenzione arbitraria. Queste garanzie sono state introiettate nell'ordinamento processuale attraverso lo strumento del *writ of habeas corpus*¹³¹. Il Parlamento approvò il *Petition Rights Act* del 1679 e lo *Habeas Corpus Act* del 1640 al fine di migliorare l'effettività del rimedio¹³². Con l'ulteriore *Habeas Corpus Act* del 1679 fu sancito per legge il divieto di trasferire i prigionieri al di fuori della giurisdizione delle corti inglesi.

¹³⁰ Un fenomeno che nell'ordinamento inglese fa la sua prima comparsa con la Magna Charta nel 1215 e che verrà affinato con gli strumenti giuridici elencati nel corso della trattazione, la cui operatività ha garantito il cittadino anche nei periodi di maggior recrudescenza del terrorismo di matrice nordirlandese.

¹³¹“Questo è il suggerimento che qualsiasi giudice darebbe per condurre innanzi a una Corte una persona trattenuta in custodia, al fine di farne vagliare la legittimità”; G.ROBERTSON, *Freedom, the individual and the law*, Londra,1993. P. 43

¹³²Nel caso *Darnell's* (1627), i giudici non presero in considerazione un *writ of habeas corpus* e, al contrario, confermarono un ordine di arresto, emanato sotto forma di un provvedimento speciale del Re. L'effetto di questa decisione fu aspramente contestato dal Parlamento. Il caso è anche conosciuto come *The five knights case*.

L'istituto è stato ulteriormente affinato nel XIX secolo mediante lo *Habeas Corpus Act* del 1816 e del 1862¹³³. L'antica azione, al giorno d'oggi è praticamente in disuso, sostituita dalla normativa che regola il potere di arresto e detenzione contenuta nel *Police and Criminal Evidence Act 1984*. Nonostante tale legge imponga limiti alla polizia di interferire con i diritti dei cittadini, i giudici, nel tentativo di bilanciare le libertà civili con la sicurezza nazionale, hanno riconosciuto la legittimità di eccezioni, con la conseguenza che il ruolo dei giudici quali guardiani delle libertà risulta attenuato in nome delle valutazioni politiche operate dall'Esecutivo. Ciò risulta accentuato dalla prassi governativa di sollevare questioni afferenti alla sicurezza nazionale¹³⁴.

Lo *Human Rights Act 1998* incide sugli equilibri tra i diversi poteri dell'ordinamento restituendo al giudiziario strumenti atti a comprimere l'onnipotenza del legislatore da una parte e la deferenza verso l'Esecutivo dall'altro. Da una parte si introduce, infatti, il potere di emanare "moniti" nei confronti del Parlamento, qualora venga rilevata una incompatibilità tra una norma di legge e una disposizione dello *Human Rights Act* ("dichiarazione di incompatibilità" che, è bene ripetere, non pregiudica in alcun modo la validità

¹³³V.A BRADLEY, K.EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Londra, 2002.

¹³⁴Nel caso *Liversidge vs. Anderson (1942) AC 206*, deciso durante la guerra, Lord MacMillan ha confermato la legittimità della detenzione a tempo indefinito senza convalida giudiziale: "La libertà che giustamente noi tutti celebriamo è essa stessa un dono della legge e, come riconosciuto dalla *Magna Charta*, la legge la può togliere o limitare. In un momento storico nel quale è fuor di dubbio che la legge obbliga il cittadino, con la coscrizione o la requisizione, a dare la propria vita e tutto ciò che egli possiede per il proprio Paese, non c'è motivo di sorprendersi della necessità di affidare al Segretario di Stato la discrezionalità, della peraltro lieve, misura detentiva.

e la vigenza della norma nell'ordinamento), dall'altra, quale necessario corollario del primo, si pone un argine ai rischi di eccessivo rafforzamento dell'Esecutivo che costituisce il naturale portato dei periodi "emergenziali".

Sotto un altro profilo, lo *Human Rights Act* è destinato a produrre una decisiva evoluzione della stessa giurisprudenza delle Corti inglesi in materia di diritti fondamentali, in quanto esse sono tenute a prendere in considerazione anche i precedenti della Corte Europea dei Diritti dell'uomo. Incorporando nell'ordinamento nazionale la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, lo *Human Rights Act* costituisce la prima carta dei diritti del cittadino del Regno. Dal momento della sua entrata in vigore nell'ottobre del 2000, tutte le pubbliche autorità esercenti funzioni esecutive hanno dovuto, ex art. 6 dello *Human Rights Act*, conformare la propria attività ai principi stabiliti dalla CEDU. Questa disposizione impone un obbligo a tutte le pubbliche autorità, incluse la polizia, il servizio per l'immigrazione, le carceri e le Corti, di agire nel rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

Ciò ha causato l'adeguamento di numerose delle procedure amministrative previste da questi organi agli standard previsti nella convenzione. In secondo luogo, lo *Human Rights Act* richiede che a tutte le leggi (passate e future) sia data applicazione conforme alla CEDU: questo significa che tutte le fonti

primarie e secondarie devono essere interpretate in maniera conforme alla Convenzione¹³⁵. Ciò introduce dunque una sorta di preferenza per un'interpretazione teleologica delle norme, rendendo recessiva la stretta interpretazione letterale delle stesse, che ha da sempre costituito l'unico parametro ermeneutico a disposizione del giudice del Regno Unito. Lo *Human Rights Act* prevede dunque un potente strumento ermeneutico di adattamento e richiede ai giudici un enorme sforzo interpretativo, di cui questi hanno prontamente fatto applicazione fin dalle prime pronunce che hanno seguito l'introduzione del *Human Rights Act*¹³⁶. La dottrina del Regno Unito si è interrogata se questo obbligo di interpretazione adeguatrice configuri una sorte di legiferazione per via giudiziaria¹³⁷.

¹³⁵P.LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito: la ricerca di un equilibrio tra disposizioni di legge, potere esecutivo e controllo giurisdizionale*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006

¹³⁶Si è registrato un tentativo di impugnare una disposizione dello *Youth Justice and Criminal Evidence Act* perché in contrasto con l'art. 6, che prevede il diritto a un giusto processo, in quanto l'*YJCE Act* prevedeva limiti al contro-interrogatorio e limiti all'ammissibilità delle prove. La *House of Lords*, piuttosto che pronunciarsi nel senso dell'incompatibilità, preferì interpretare la disposizione dell'*YJCE Act* in maniera da renderla compatibile con l'Art. 6 della CEDU sul diritto al giusto processo. Come scrive il relatore della sentenza Lord Steyn: "In conformità allo *Human Rights Act* è possibile leggere l'art. 41(3)(c), nel senso che la prova o l'interrogatorio necessario per garantire un giusto processo ex art. 6 della Convenzione non possa essere dichiarato inammissibile. Cfr. *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* (2004) UKHL 30

¹³⁷P.LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito: la ricerca di un equilibrio tra disposizioni di legge, potere esecutivo e controllo giurisdizionale*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006.

Cfr anche Lord Caplan in *MacDonald vs. Ministry of Defence* (2000) IRLR 748

Tuttavia come è noto, l'applicazione della Convenzione, dipende in gran parte dai principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹³⁸. Poiché questi principi non costituiscono fonti di *common law*, le corti, non persuase della applicazione immediata di tali principi, hanno preferito sviluppare una propria "linea interpretativa"¹³⁹, ridimensionando così parte della portata innovativa dello *Human Rights Act*. Pertanto, la tesi che ritiene che lo *Human Rights Act* introduca un nuovo canale legislativo alternativo al ruolo del Parlamento appare del tutto infondato. Alle Corti non è infatti concesso alcuno strumento per limitare in via immediata la sovranità parlamentare; perché in nessun caso i giudici hanno il potere di annullare una legge, anche se essa è in contrasto con un diritto previsto dalla Convenzione¹⁴⁰. Questa specifica clausola svolge evidentemente la funzione di non permettere che la supremazia del Parlamento sia rimpiazzata da quella del giudiziario. Si tenga infatti conto che, qualora l'interpretazione evolutiva ex. Art. 3 dello *Human Rights Act* non sia sufficiente a rendere compatibile una norma di legge con la Convenzione, la *High Court*, la *Court of Appeal* e la *House of Lords* possono

¹³⁸K.EWING, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, in *Modern Law Review*, Oxford, 1999.

¹³⁹In una dichiarazione non ufficiale (cioè non in veste di membro del sistema giudiziario britannico) Lord Hoffman ha espresso la sua preoccupazione per l'introduzione della Convenzione in quanto questa potrebbe costituire una seria minaccia all'autonomia delle Corti, per esempio in un'area quale l'immunità degli organi pubblici dalla responsabilità da atto illecito; essa potrebbe condurre a un'imposizione di "uniformi valori voltaireani" a tutti i paesi firmatari. Cfr. L. HOFFMAN, *Human Rights and the House of Lords*, in *Modern Law Review*, Oxford, 1999.

¹⁴⁰Cfr. *Bellinger vs Bellinger (2003) UKHL 21*

solo emettere una “dichiarazione di incompatibilità”, secondo quanto stabilito dall’Art. 4 dello *Human Rights Act*, la quale non è idonea a causare la caducazione della disposizione legislativa¹⁴¹.

Inoltre, gli effetti giuridici della “dichiarazione di incompatibilità” sono piuttosto limitati e non sono comparabili all’ipotesi di disapplicazioni. L’art. 10 e la *schedule 2* dello *Human Rights Act* introducono, nel caso di incompatibilità, un nuovo specifico procedimento; si tratta di un provvedimento chiamato *remedial order* finalizzato a intervenire sulle disposizioni oggetto della dichiarazione. Va però sottolineato che il Ministro non è in alcun modo vincolato ad utilizzare questa procedura. Un procedimento particolare di modifica è previsto anche per la modifica di fonti secondarie¹⁴².

Per quanto riguarda la normativa non ancora approvata, il rispetto dello *Human Rights Act* è assicurato già nella fase di redazione del testo; infatti l’art. 19 obbliga il ministro proponente a certificare, con una dichiarazione, la compatibilità prima della seconda lettura in Parlamento. Questa disposizione

¹⁴¹Durante i primi cinque anni di vigenza dello *Human Rights Act* sono state pronunciate 17 dichiarazioni di incompatibilità e, in ogni caso, il Governo è intervenuto per eliminare, o emendare, la disposizione in oggetto.

¹⁴²Le fonti secondarie indicate dalle sezioni 3.2 (c) e 4.3-4 necessitano di essere modificate attraverso il procedimento *ad hoc*. Le altre possono essere abrogate in quanto *ultra vires*

ha trovato immediata applicazione¹⁴³. L'*Anti Terrorism Crime and Security Act* del 2001, nonostante avesse ricevuto la "certificazione" ministeriale è stato comunque oggetto di ricorso¹⁴⁴. Lo *Human Rights Act* consente, infine, di adire la Corte Europea dei Diritti dell'uomo in caso di violazione della Convenzione, ma unicamente in via residuale, ovvero quando siano esauriti i mezzi processuali che l'individuo ha a disposizione nell'ordinamento interno.

Secondo lo schema sommariamente descritto, è possibile contestare la compatibilità di norme di legge nei confronti della CEDU, la quale deve tentare un'interpretazione adeguatrice delle norme rispetto alla Convenzione o, alternativamente, dichiararla incompatibile.

Questo nuovo schema delineatosi dopo il 1998 solleva un'importante questione relativa al bilanciamento tra diritti civili e sicurezza nazionale dando adito a un potenziale ribaltamento nell'equilibrio tra il giudiziario e gli altri poteri¹⁴⁵. La rivoluzione paventata da parte della dottrina¹⁴⁶, che prevedeva un subitaneo incremento dell'intervento delle Corti, non si è

¹⁴³Il *Lord Chancellor* ha dichiarato compatibile con la Convenzione la legge di riforma del gratuito patrocinio anche se essa appare in contrasto con l'art. 6 sul diritto a un equo processo. Il Ministro dell'interno ha firmato l'*Asylum and Immigration Act* che sembra violare gli artt. 6 e 13 (quest'ultimo concerne il diritto a un ricorso effettivo).

¹⁴⁴Cfr. Cap II par. 4

¹⁴⁵Per una paromica delle varie ricostruzioni teoriche dell'applicazioni dello *Human Rights Act* cfr. T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, in *Public Law*, Londra, 2005.

¹⁴⁶Lord Lester, L. CLAPINSKA, *Human Rights and the British Constitution*, in J. LOWELL, D. OLIVER, *The changing Constitution*, Oxford, 2004

concretizzata. Al contrario i giudici si sono dimostrati più che riluttanti a garantire rimedi che andassero al di là di quelli tradizionali. Come è stato messo in luce¹⁴⁷, il giudiziario ha assunto, per tutto il XX secolo il ruolo di potere recessivo, un fenomeno che conduce ad un asservimento nei confronti delle posizioni governative a scapito dell'indipendenza delle Corti, con evidente decremento dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali. Le Corti non solo hanno mostrato un eccessivo *self-restraint* a mettere in discussione le scelte politiche in campo di sicurezza nazionale e sicurezza pubblica, ma hanno anche evitato, molte volte, di intervenire in maniera decisa laddove un abuso di potere da parte di una pubblica autorità si fosse concretizzato in una lesione dei diritti individuali¹⁴⁸. Questa presunta "pavidità" delle Corti risulta chiaramente dalla posizione espressa nelle pronunce del SIAC sulla compatibilità dell'ATCSA con lo *Human Rights Act* (e in via mediata con la CEDU di cui questa legge dà attuazione). Tuttavia con il caso Belmarsh la *House of Lords* ha operato uno storico *outruling*.

Le norme contenute nell'ATCSA stridono fortemente con i principi dello *Human Rights Act*. Gli organi destinati a dare applicazione alla *Part 4* sono da considerare "autorità pubbliche" che in quanto tali devono rispettare tutti i diritti enucleati dalla Convenzione a meno che "non sia possibile agire

¹⁴⁷K. EWING, *The futility of the Human Rights Act*, in *Public Law*, Londra, 2004

¹⁴⁸R (on the application of Gillan and Quinton) vs. Metropolitan Police Commissioner (2006) UKHL 12

diversamente o l'autorità sia tenuta a dare applicazione ad una norma di legge incompatibile" (*section 6 (2) HRA*). Il SIAC ha ritenuto che le misure detentive previste dalla *Part 4* siano da ritenersi compatibili con l'art. 5 della CEDU solo se sussista un *derogation order* ai sensi dell'art. 15 della Convenzione stessa. E' stato tuttavia messo in dubbio che un'emergenza pubblica che minacci la vita della nazione sussista in assenza di uno stato di guerra¹⁴⁹. Il SIAC, richiamandosi a precedenti editi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato l'assenza della corrispondenza biunivoca tra "stato di guerra" e "stato di emergenza", nel senso che il secondo potrebbe sussistere anche in assenza del primo¹⁵⁰. In base a queste argomentazioni il SIAC aveva ritenuto la deroga non incompatibile con l'Act. La stessa pronuncia verrà sostanzialmente ribaltata dalla sentenza della *House of Lords* del 2004 (v. *infra* Par. IV).

¹⁴⁹H.FENWICK, *Responding to 11september: Detention without trial under the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, Oxford, 2002.

¹⁵⁰In *Lawless vs Ireland No.1 (1961)* la Corte Europea dei Diritti dell'uomo si pronunciò sulla validità della deroga all'art. 5 della Convenzione da parte dell'Irlanda. La Corte ritenne che gli speciali poteri di internamento previsti dal Governo irlandese nel 1971 erano da considerare giustificati alla luce delle prolungate minacce terroristiche perpetrate da un "esercito segreto" presente in Irlanda sin dal 1957. La Corte ritenne che le minacce perpetrate da tale organizzazione terroristica creavano uno stato di pericolo imminente per la sicurezza pubblica che era impossibili affrontare con strumenti normativi ordinari. In altre pronunce (*Brannigan and MacBride vs UK No.14553/89* e *Aksoy vs. Turkey 21987/93*) la Corte ritiene il requisito della minaccia alla pubblica sicurezza sussistente in caso di una pluralità di attacchi terroristici anche se verificatisi in un ampio arco di tempo.

E' stato notato da attenta dottrina¹⁵¹ che, sebbene le legislazioni restrittive di alcuni diritti individuali siano, in chiave comparativa sincronica e diacronica, un'evenienza statisticamente frequente e legittime in base alle Convenzioni internazionali, queste non possono incidere illimitatamente sui diritti individuali in nome di un supremo interesse alla sicurezza nazionale. Ciò si colloca nell'ottica, che è fondamento della CEDU, della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali tramite lo stato di diritto. Si ritiene cioè, che la forma di governo democratica rappresenti la maggiore garanzia per il godimento dei diritti umani e la salvaguardia di un ambiente idoneo a favorirne la tutela diviene, di conseguenza, un obbligo per gli stati contraenti. La ricerca di un equilibrio e il contemperamento dell'interesse alla sicurezza nazionale con quello della salvaguardia dei diritti umani fondamentali è stato definito un "*conflict interne aux droits de l'homme*"¹⁵². Ciò significa che non vi è antinomia tra la lotta al terrorismo e la protezione dei diritti umani, essendo la prima funzionale a quest'ultima. Dal canto loro, invece, i diritti umani fungono da limite all'attività dello Stato per contrastare il terrorismo. Vi è infatti una giurisprudenza piuttosto uniforme degli organi di controllo di Strasburgo al riguardo, secondo cui la scelta dei mezzi per perseguire tali

¹⁵¹V.EBOLI, *La Legislazione antiterrorismo britannica* in *Giur. It.* Roma, 2005

¹⁵²V.EBOLI, *La Legislazione antiterrorismo britannica* in *Giur. It.* Roma, 2005

obiettivi non è illimitata¹⁵³. La liceità delle misure eccezionali derogatorie per far fronte alla minaccia del terrorismo devono dunque essere non arbitrarie e proporzionate al ristabilimento o alla preservazione dell'ordine costituzionale. Il fatto che il terrorismo sia considerato il principale motivo dell'esercizio della facoltà di deroga, non giustifica la pretesa britannica, in quanto le problematiche al riguardo nascono dalla natura internazionale e non interna del terrorismo, paventato come minaccia alla "vita della nazione". Nella *Regulatory Impact Assessment* che accompagnava il deposito dell'ATCSA 2001, il Segretario di Stato sosteneva che sebbene gli attacchi terroristici dell'11 settembre non fossero stati diretti contro il Regno Unito, avevano, nondimeno, compromesso le attività di molte società britanniche negli Stati Uniti ed avevano ucciso molti cittadini anglosassoni. Il rischio di attacchi diretti in via immediata contro il Regno Unito erano inoltre incrementati dal supporto alla coalizione per la lotta al terrorismo e dalla possibile presenza di cellule di organizzazioni terroristiche sul territorio nazionale. La SIAC ha accolto questi rilievi nella sentenza *A and others vs. Secretary of State for the Home Department*¹⁵⁴, asserendo che i "closed

¹⁵³Nella sentenza del 6 settembre 1978 relativa al caso *Klass vs Repubblica federale tedesca* 2 EHRR 214 (1978), la Corte ha avuto cura di chiarire che è necessario ricercare un equilibrio "tra gli imperativi della società democratica e la salvaguardia dei diritti individuali". Nella ricerca di tale equilibrio, secondo la Corte, la discrezionalità degli Stati incontra un limite, nel divieto di adottare misure che potrebbero distruggere la democrazia, in nome di una lotta al terrorismo ingaggiata per difenderla.

¹⁵⁴*A and others vs. Secretary of State for the Home Department* UKHL 56 (2004)

materials” analizzati, confermavano la tesi che la guerra in Afghanistan avesse reso il Regno Unito un obiettivo di primaria importanza del terrorismo internazionale. La sentenza, è stata impugnata in appello e modificata su quelle questioni esaminate, ma non su quella pregiudiziale dell’esistenza dello stato d’emergenza. Secondo tali interpretazioni dunque, il terrorismo, nelle sue più moderne forme di manifestazione, può costituire una minaccia per la vita organizzata dello Stato, anche senza un preciso legame territoriale con lo Stato che lo subisce. Ai fini dell’esistenza di un pericolo per la sicurezza nazionale, non sembra essere necessario che gli eventi che lo determinano abbiano luogo nel territorio dello Stato che invoca la deroga. E’ necessario che gli effetti degli stessi si ripercuotano sulle istituzioni dello Stato mettendole in pericolo. Le clausole di deroga sono, in astratto, applicabili anche in caso di conflitto armato internazionale, non essendo richiesto, a tal fine che le ostilità abbiano luogo sul territorio dello Stato derogante. Sarebbe erroneo ritenere che lo stato d’emergenza britannico derivi da un attacco armato diretto al territorio di un altro Stato. L’emergenza interna è determinata dall’effetto del “terrore” susseguente all’evento. La minaccia alla vita della Nazione può essere considerata come la forma estrema di pericolo per la sicurezza nazionale ed è l’unica che legittima l’invocazione della clausola derogatoria. Il corollario di tale assunto è che non basta asserire che la sicurezza nazionale sia in pericolo per ricorrere alla deroga, ma occorre che

si tratti di una forma di pericolo tale da non consentire, altrimenti, la preservazione dello Stato di diritto. E' dubbio che la minaccia terroristica che ha giustificato l'adozione dell'*ATCSA 2001* fosse di una gravità tale da minacciare la vita della nazione, benché costituisse senz'altro un pericolo per la sicurezza nazionale. Tuttavia, in assenza di accesso alle informazioni riservate che ne hanno fatto supporre l'esistenza, essa può considerarsi presunta sulla base della "teoria del margine di apprezzamento", per cui la decisione politica è di competenza primaria del governo. Da questo punto di vista l'opinione del SIAC sembra condivisibile. La liceità della deroga alla CEDU va tuttavia verificata in base alla sussistenza di un secondo parametro: il principio di proporzionalità. Per essere conforme alla CEDU, una legislazione d'emergenza deve soddisfare il requisito essenziale della sua adeguatezza alle circostanze. E' cioè indispensabile che i poteri straordinari attribuiti all'esecutivo siano limitati nel tempo e strettamente funzionali allo scopo per il quale sono stati conferiti. La questione può essere analizzata sotto tre diversi profili. In primo luogo, può essere preso in considerazione il parametro della durata nel tempo delle misure eccezionali. In secondo luogo, la legittimità della legislazione emergenziale può essere saggiata con riferimento al grado di distorsione dell'equilibrio dei poteri costituzionali rispetto a quello ordinario. Infine, il rispetto del principio di proporzionalità può essere vagliato rispetto alle misure direttamente lesive dei diritti

individuali contenute nel provvedimento (restrizioni della libertà personale). Quanto al primo profilo, si sono già esaminate le disposizioni relative alla c.d. *sunset clause* che prevedevano l'estinzione di tutti i poteri eccezionali attribuiti al Segretario di Stato a partire dal 10 novembre 2006. Quanto alla natura provvisoria e temporanea delle disposizioni si può osservare che la legge non prevede cautele specifiche atte a prevenire il rinnovo delle stesse disposizioni in un testo legislativo formalmente diverso. Ciò non contrasterebbe con la disposizione che stabilisce un termine massimo di durata delle norme della *Part 4* dell'*ATCSA*, ma assicurerebbe comunque il prolungamento dello stesso regime emergenziale, perpetuandolo oltre limiti di tempo "ragionevoli" con il rischio di "istituzionalizzazione del regime di eccezione". Si può poi sostenere, che le disposizioni che limitano la durata nel tempo del provvedimento debbano intendersi non soltanto afferenti al divieto di prorogare il provvedimento oltre il termine disposto, ma anche a quello di riprodurre le stesse in un provvedimento formalmente diverso¹⁵⁵. Il secondo profilo concerne la necessità di un controllo parlamentare. L'*ATCSA 2001* prevede che ogni successivo rinnovo delle misure fosse sottoposto al vaglio parlamentare. Tuttavia il grado di distorsione dell'ordinaria distribuzione dei poteri nell'ordinamento giuridico appare sproporzionato. Non è sufficiente verificare la mera previsione dell'esistenza di un controllo

¹⁵⁵Tale pericolo non è meramente teorico, ma è stato paventato sulla base di quanto avvenuto in passato rispetto alle precedenti legislazioni d'emergenza emanate nel Regno Unito.

parlamentare sulle misure emergenziali per affermare la legittimità concreta dell'*ATCSA 2001*. A tal fine, occorre verificare se le misure prese fossero veramente necessarie o se fosse stato possibile far fronte alla minaccia con misure meno invasive.

Il *background* teorico sommariamente illustrato, con particolare riferimento alla presunta lesione del principio di proporzionalità, è a fondamento della storica pronuncia della *House of Lords* in relazione alla compatibilità tra l'*ATCSA 2001* e lo *Human Rights Act 1998* e, in definitiva, alla CEDU.

2.4 L'affermazione dell'autorità giudiziaria nel Caso dei detenuti di Belmarsh

Come si è accennato, la dottrina¹⁵⁶ ha individuato ed argomentato l'esistenza del *fumus* di violazione dei diritti individuali messo in atto dal Governo attraverso l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*. La decisione della *House of Lords* del 16 dicembre 2004, rovesciando il concetto di *delegated power*, ha statuito l'incompatibilità dell'*ATCSA 2001* nei confronti della CEDU. Si tratta di sentenza di fondamentale importanza nella storia giuridica britannica, poiché mediante essa si comprendono gli effetti innovativi

¹⁵⁶A.TOMKINS, *Legislating against terror*, in *Public Law*, Londra, 2002

prodotti dal *Human Rights Act 1998*¹⁵⁷. La sentenza *A & Others vs Home Secretary* (detto anche “il caso dei detenuti di Belmarsh)¹⁵⁸ è stata pronunciata dal massimo grado di giurisdizione britannica riunito in un *committee* di nove giudici, in luogo dei canonici cinque. Lord Bingham (*Senior Law Lord*) nel corso di un’analisi dei ruoli, rispettivamente, del Parlamento, dell’Esecutivo e del giudiziario, ha nettamente rifiutato la ricostruzione prospettata dall’*Attorney General* che distingueva le istituzioni democratiche dalle Corti: “La funzione svolta da giudici indipendenti, incaricati di interpretare ed applicare la legge, è universalmente riconosciuta come uno dei cardini del moderno Stato democratico, una componente essenziale della stessa *rule of law*. Appaiono dunque da respingere le argomentazioni dell’*Attorney General*, il quale stigmatizza il processo decisionale delle Corti, come, in un certo senso, non democratico. La tesi appare ancor più infondata se si considera che è stato lo stesso Parlamento, organo rappresentativo e democratico, ad aver espressamente statuito, all’art. 6 dello *Human Rights Act* del 1998, l’illegittimità di qualsiasi atto di un’autorità pubblica se in

¹⁵⁷Il professor Conor Gearty nella sua *lecture* intitolata *Human Rights in an age of counter-terrorism: injurious, irrelevant or indispensable?* In *Current Legal Problems Series* del 2005 afferma che: “Le opinion degli otto *senior judges* rappresentano collettivamente la più acuta affermazione della libertà emersa da una pronuncia di una Corte britannica da, almeno, *Entick vs, Carrington*. La sostanza dei principi elaborati dai giudici, il potere di applicare quei principi alla controversia oggetto del giudizio, e forse più di tutto, la forza del linguaggio utilizzato dai membri dell’*Appellate Committee*, rendono questo caso unico negli annali della tradizione giuridica britannica”. Cfr P.LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006 p. 254

¹⁵⁸*A & Others vs. Home Secretary UKHL 56 (2004)*

contrasto con la Convenzione, ha demandato alle Corti di tenere conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (art. 2), ha demandato alle Corti di rendere il più possibile effettivi i diritti della Convenzione e ha previsto la possibilità di ricorso in caso di applicazioni di deroghe”.

In *A & Others vs Home Secretary* la *House of Lords*¹⁵⁹ ha dichiarato illegale la detenzione a tempo indefinito di un gruppo di individui sospettati di essere terroristi¹⁶⁰. Come si è visto, la questione riguardava la legittimità del conferimento di poteri straordinari al Ministero dell’Interno da parte dell’*ATCSA 2001*, tra cui quello di autorizzare la carcerazione, senza processo e a tempo indeterminato, di cittadini di Stati terzi sospettati di essere coinvolti in attività terroristiche. Alcuni individui accusati di appartenere a gruppi terroristici islamici sono così detenuti anche se le prove a loro carico erano insufficienti per un’incriminazione formale, ma il loro rimpatrio risultava inattuabile, e le autorità erano convinte che, se lasciati liberi, essi avrebbero potuto costituire una seria minaccia per la sicurezza nazionale.

La prima questione affrontata dai giudici riguardava proprio la sussistenza dei requisiti dell’emergenza, ovvero del “pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”. I ricorrenti sostenevano non solo che tale situazione di

¹⁵⁹*A & Others vs Home Secretary* la *House of Lords* UKHL 56 (2004)

¹⁶⁰A.TOMKINS, *Readings of A & Others vs Home Secretary* la *House of Lords*, in *Public Law*, Londra, 2005; T.POOLE, *Harnessing the power of the past? Lord Hoffman and the Belmarsh detainees Case*, in *Journal of Law and Society*, 2005

emergenza non fosse invocabile, ma aggiungevano che la carcerazione a tempo indeterminato andasse ben al di là della “stretta misura in cui la situazione lo richieda” a cui fa riferimento l’art. 15 della CEDU¹⁶¹. Per quanto concerne la sussistenza delle condizioni di emergenza, la *House of Lords* si è pronunciata in senso favorevole. Argomentando sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che si è già visto essere alla base delle decisioni del SIAC¹⁶², i *Law Lords* hanno affermato che in questi casi l’Esecutivo debba godere di un ampio margine di discrezionalità¹⁶³, argomentando che non solo si trattasse di una questione eminentemente politica, ma che solamente il governo aveva accesso alle informazioni sulla sicurezza necessarie a fare questo tipo di valutazioni¹⁶⁴. Nella *dissenting opinion* però Lord Hoffman ha concluso, al contrario, che non ci fosse nessuna situazione di emergenza pubblica in quanto i terroristi non sarebbero stati in grado di alterare il quadro istituzionale dello stato.

¹⁶¹Un’interessante questione pregiudiziale era quella concernente la validità di una deroga ex art. 15 in quanto proprio l’art. 15 non era stato incorporato dallo *Human Rights Act*. Lord Scott, nel suo giudizio, ha messo in luce i suoi dubbi sulla possibilità che l’art. 15 potesse davvero limitare il potere di deroga sancito dallo *Human Rights Act* del 1998. T.HICKMAN, *Between Human Rights and the Rule of Law: indefinite detention and the derogation model of constitutionalism*, in *Modern Law Review*, Oxford, 2005.

¹⁶²*Lawless vs Ireland No.1 (1961)*

¹⁶³ E’ stato sottolineato che “l’approccio della Corte di Strasburgo al problema dell’invocabilità del potere di deroga è dipesa dalla natura più o meno democratica della deroga stessa” cfr. S.TIERNEY, *Determining the state of Exceptions: What role for Parliament and the Courts?* In *Modern Law Review*, Oxford, 2005

¹⁶⁴. S.TIERNEY, *Determining the state of Exceptions: What role for Parliament and the Courts?* In *Modern Law Review*, Oxford, 2005

L'art. 15 della CEDU richiede che anche in caso di deroga degli obblighi contratti dallo stato firmatario, le misure previste non vadano mai al di là della stretta misura in cui la situazione lo richieda e, la *House of Lords* ha decretato che la disposizione della legge del 2001 non superava questo *test* di proporzionalità tra le azioni e le minacce di atti terroristici e le risposte del governo¹⁶⁵. Nella *opinion* di Lord Bingham si legge che la minaccia rappresentata da sospetti terroristi avrebbe potuto essere contrastata con mezzi meno invasivi, come ad esempio l'obbligo di presentarsi regolarmente ad una stazione di polizia. Basandosi su queste argomentazioni la *House of Lords* ha dichiarato il *notice of derogation* della CEDU incompatibile con l'art. 15.

I poteri di detenzione previsti dalla legge del 2001, inoltre, sono stati ritenuti discriminatori verso i cittadini di stati terzi e, di conseguenza, essi si pongono in contrasto con l'art. 14. A questo proposito occorre ricordare che il divieto di discriminazione ex art. 14 della Convenzione non rientra nel regime di derogabilità. Il Governo, nell'argomentare il carattere non discriminatorio della *Part 4* dell'*ATCSA 2001*, rivolta esclusivamente agli stranieri, ha sostenuto che essa riguardi la regolamentazione dell'immigrazione. Nella

¹⁶⁵In questo contesto il *test* di proporzionalità consiste nei seguenti punti: 1) l'obiettivo della legge deve essere sufficientemente importante da giustificare la limitazione di un diritto fondamentale; 2) le misure previste devono essere ragionevolmente volte a raggiungere il fine della legge; 3) le disposizioni che comprimono il diritto di libertà personale devono trovare applicazione nella misura strettamente necessaria a raggiungere il fine.

opinion di Lord Hope si può estrapolare la reiezione di questa argomentazione da parte della Corte: “Il segretario di Stato, tenuto conto dei limiti stabiliti nel caso *Chahal*¹⁶⁶ può ovviamente discriminare tra cittadini britannici e cittadini di Stati terzi relativamente al controllo dell’immigrazione. Ma non è assolutamente legittimato a considerare il diritto alla libertà personale, così come garantito dall’art. 5 della Convenzione, degli stranieri che si trovino nel Regno Unito per un qualsiasi motivo, come se esso fosse diverso da quello di cui sono titolari i cittadini britannici. In altri termini, il margine di discrezionalità che le Corti possono accordare all’Esecutivo in altre materie è in questo caso molto ridotto”. Lord Nicholls of Birkenhead ha aggiunto che “il punto più debole della posizione governativa sta proprio nel diverso trattamento garantito agli stranieri rispetto ai cittadini”; le autorità “non sono state in grado di fornire una spiegazione convincente della ragione per cui l’incarcerazione a tempo indeterminato di uno straniero fosse direttamente collegata alla tutela della sicurezza nazionale, mentre nel caso di un cittadino britannico no”. Si tratta di argomentazioni che erano già state evidenziate in sede scientifica dalla dottrina più accorta¹⁶⁷. In breve, non è giustificabile incarcerare un gruppo o

¹⁶⁶Chahal v. The U.K. (22414/93) [1996] ECHR 54 (15 November 1996).

¹⁶⁷Il Professor Gearty aveva sottolineato che “l’*Attorney General* non ha fornito alcuna spiegazione della distinzione, senza significato, tra cittadino e non cittadino. Eppure ha avuto affetti devastanti che hanno sollevato questioni delicate, dal problema di derogabilità al regime di tutela dei diritti a quello, assolutamente non connesso, del ricorso per violazione del divieto di discriminazione nella

l'altro di sospetti terroristi internazionali in ragione della loro nazionalità o del loro *status* di immigrati, sulla base di disposizioni normative, che potrebbero far incorrere il Regno Unito nella violazione dell'art. 26 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, Trattato da cui derivano obbligazioni internazionali ai sensi dell'art. 15 della CEDU.

La "dichiarazione di incompatibilità" emessa dalla *House of Lords* ai sensi dell'art. 4 dello *Human Rights Act* non ha un'efficacia abrogativa della legge e i suoi effetti giuridici sono limitati per quanto concerne lo *status libertatis* dei sospetti terroristi che non hanno potuto beneficiare in via immediata di un provvedimento di scarcerazione. La "dichiarazione di incompatibilità" non può difatti essere paragonata ad una dichiarazione di incostituzionalità pronunciata dagli organi *ad hoc* previsti nella gran parte degli ordinamenti continentali. Tuttavia l'introduzione di un tale strumento consente di limitare quella *supremacy of Parliament* che caratterizza da secoli l'ordinamento costituzionale inglese, fornendo al potere giudiziario la possibilità di pronunciare moniti al potere politico. La sentenza della *House of Lords* ha

garanzia del diritto alla libertà personale di cui i ricorrenti erano titolari ex art. 14 della Convenzione; proprio questo articolo era sopravvissuto ai tentativi, tra i quali quello portato avanti con il *derogation order* che aveva tentato (senza successo), di neutralizzare il diritto alla libertà strettamente inteso". Sempre sul punto della discriminazione tra cittadini e non cittadini si vedano le parole della baronessa Hale of Richmond: "La conclusione deve essere la non necessità di rinchiudere i cittadini; debbono essere trovati altri modi per contenere la minaccia che essi potrebbero rappresentare. Dunque, se non è necessario trattenere i cittadini, non può esserlo nemmeno incarcerare i cittadini di stati terzi. Non è strettamente richiesto dalle esigenze del caso". Cfr. P. LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006 p. 254

difatti esercitato una forte efficacia persuasiva nei confronti del Governo che si è visto costretto ad emendare gran parte delle normative del 2001 (v. par. V).

Il caso *A & Others* costituisce, dunque, una pronuncia di enorme rilevanza costituzionale. La *House of Lords* ha difatti superato quell'atteggiamento sommo che ha caratterizzato il potere giudiziario del Regno Unito negli ultimi decenni, affermando che la garanzia della libertà rientra a pieno titolo nella *constitutional responsibility*¹⁶⁸, adoperandosi per riaffermare i principi contenuti nella CEDU, ma anche la secolare tradizione garantista della *common law*. Come è stato efficacemente affermato¹⁶⁹, "si tratta di un esempio estremamente raro di una Corte britannica che boccia la posizione governativa su cosa sia necessario fare nell'interesse della sicurezza nazionale", effettuando un *revirement* rispetto a quanto deciso in *Ex Parte Brind* ed *Ex Parte Cheblak*¹⁷⁰.

Per ritornare al punto cruciale della sindacabilità della discrezionalità governativa nella determinazione di uno stato di emergenza derivante da una minaccia alla pubblica sicurezza, va ricordato che, sull'esistenza di un pericolo

¹⁶⁸L.J. LAWS, *International Transport Roth GmbH and others vs. Secretary of State for the Department*, 2002.

¹⁶⁹A. TOMKINS, *Legislating against Terror*, Londra, 2002.

¹⁷⁰Regina -v- Secretary of State for the Home Department ex parte Brind [1991] 1 AC 696, *A.C & R. vs Secretary of State for the Home Department 1991 I WLR 890*;In entrambe le decisioni le Corti appoggiarono le scelte del Governo nei casi di conflitto tra garanzia dei diritti umani e sicurezza nazionale.

effettivo per la nazione, la Corte ha concordato con quanto sostenuto dal Governo. Nonostante la *dissenting opinion* di Lord Hoffman, la maggioranza della *House of Lords* ha sempre concordato con l'esecutivo riguardo la misura in cui le Corti possano assumere decisioni politiche in relazione ad esigenze di sicurezza nazionale. La Corte si è conformata allo storico precedente *Liversidge vs. Anderson* il quale (a parte un'opinione dissenziente di Lord Atkin che proclamava l'importanza della libertà in tempi di grandi minacce alla sicurezza della nazione, costituita ai tempi della pronuncia in questione dalla guerra), la maggioranza della *House of Lords* si è schierata decisamente a favore dell'Esecutivo e non dalla parte dei diritti dell'individuo. La centralità del problema della sicurezza nazionale in questo caso è pacifica, ma il sostegno della "soluzione deferente" proposta da Lord Bingham è così giustificato: "dichiarare uno stato di emergenza è principalmente una decisione politica che non è compito delle Corti controvertere. Ovviamente, essa non rappresenta tanto un'apologia generale dell'atteggiamento di deferenza che le Corti dovrebbero sempre avere rispetto alle "autorità politiche" quanto un riconoscimento della propria competenza istituzionale limitata quando l'oggetto sia effettivamente soltanto politico". D'altronde, la questione dello sviluppo e dell'applicazione del principio di separazione dei poteri tra Giudiziario ed Esecutivo è decisamente centrale rispetto a questo caso.

In conclusione, va prima di tutto sottolineato che ci sono tutte le condizioni perché la presa di posizione della *House of Lords* rispetto alle possibili compressioni dei diritti in ragione della sicurezza nazionale segni un importante precedente. Nella decisione *A(FC) and Others vs. Secretary of State for the Home Department*¹⁷¹ la Corte ha deciso all'unanimità, l'inammissibilità di fronte a qualsiasi tribunale o Corte nazionale di prove raccolte a seguito di torture. Lord Bingham ha affermato: "Trattare la questione in giudizio come un problema sulle regole di acquisizione delle prove significherebbe banalizzarla. Invece, decidere se le informazioni raccolte torturando un altro essere umano, a prescindere da dove, da chi, o sotto l'autorità di chi siano state inflitte, costituisce una questione di principi costituzionali". Questa sentenza chiarisce anche che i principi della *common law*, di per se stessi, "esigono l'esclusione di prove raccolte con la tortura di una parte terza, perché inattendibili, ingiuste e contrarie ai normali *standard* di umanità e decenza; inoltre esse sono anche incompatibili con i principi che dovrebbero orientare un tribunale che cerchi di amministrare la giustizia". Lord Hoffman ha, inoltre, aggiunto: "il Parlamento, quando ha creato una Commissione con il compito di decidere sulla sussistenza di ragionevoli motivi per sospettare qualcuno, si aspettava che essa si comportasse davvero come una Corte. Vista l'assenza di un'espressa previsione in senso contrario, è

¹⁷¹*A(FC) & Others vs. Secretary of State for the Home Department UKHL 56 (2004)*

evidente la necessità di applicare gli *standard* di giustizia che tradizionalmente caratterizzano i procedimenti di fronte alle Corti inglesi, che escludono l'uso di prove ottenute in seguito a torture qualunque sia la fonte".

Inoltre, come notato più sopra, lo *Human Rights Act 1998* richiede alle Corti di giudicare le controversie interpretando la legge in maniera tale da garantire la compatibilità con i diritti sanciti dalla Convenzione. Il controllo di proporzionalità ha sensibilmente abbassato la soglia delle possibilità di intervento quando siano in oggetto questioni relative alla Convenzione. Anche se non è possibile trarre alcuna conclusione definitiva da questa prima giurisprudenza, il caso *Belmarsh* sulla carcerazione e sulla tortura conferma la volontà di intervenire con sempre maggiore incisività e, dimostra la ricorribilità per casi in cui, in precedenza, non esisteva rimedio giudiziario. Contemporaneamente, i giudici devono agire con cautela per non interferire con l'esecutivo. Per prevenire un radicale mutamento del bilanciamento costituzionale tra il Parlamento, l'Esecutivo e le Corti, queste ultime saranno chiamate ad elaborare un sofisticato concetto di "deferenza dovuta" al fine di delimitare la facoltà di intervenire nelle attività di governo e di amministrazione¹⁷².

¹⁷²M.HUNT, *Sovereignty's Blight: Why contemporary Public Law needs the concept of "due deference"*, in N.BANFORTH, P.LEYLAND, *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, 2003.

In ultimo, non va dimenticato che arginare il fenomeno terroristico e la sua interrelazione con la garanzia dei diritti individuali sarà sempre comunque una questione eminentemente politica. Il Governo, infatti, nonostante alcuni segni di resistenza del giudiziario, continua a rispondere a quello che percepisce come una seria minaccia terroristica proponendo nuove misure che conferiscono sempre nuovi poteri alla polizia e ai servizi di sicurezza, a costo di comprimere i diritti civili fondamentali (v. par. V). A questo proposito parte della dottrina inglese¹⁷³ ritiene che nonostante il terrorismo sia una forma particolarmente seria di condotta criminale, questa dovrebbe essere affrontata con gli strumenti legislativi tradizionali, le cui previsioni sono sufficienti a catturare “assassini, attentatori dinamitardi e cospiratori”. In questo quadro la polizia dovrebbe limitarsi ad utilizzare la sorveglianza, gli informatori e gli esperti legali per arrestare i sospetti terroristi e, presentare le prove raccolte alle Corti. Il potere di arresto della polizia dovrebbe essere esercitato *in limine* a un’incriminazione, e non, come è avvenuto in base all’ATCSA 2001 sulla base di meri sospetti, astrattamente insuscettibili di controllo giurisdizionale.

¹⁷³C. GEARTY, *It’s 1867 all over again*, in *The Guardian* del 29 novembre 2005.

2.5 L'evoluzione della normativa anti-terrorismo a seguito della sentenza della *House of Lords*

A seguito della sentenza della *House of Lords* sul “caso Belmarsh”, il Governo del Regno Unito ha provato a recepire le indicazioni della Corte emanando il *Prevention of Terrorism Act 2005*. La legge sostituisce l'intera *Part 4* dell'*ATCSA 2001*. Il *PTA 2005* introduce nell'Ordinamento britannico una nuova categoria di provvedimenti amministrativi di natura cautelare: i *control orders*. Essi comprendono diverse tipologie di misure di sicurezza, la cui determinazione è rimessa alle Autorità competenti. Tali provvedimenti vengono emessi dal Ministro dell'interno quando non comportano misure detentive o misure a queste assimilabili (*non-derogating control orders*), ai sensi dell'art. 5 della CEDU, o dall'autorità giudiziaria, su richiesta del Ministro dell'interno. nel caso opposto (*derogating control orders*), i *control orders* sono soggetti a controllo di legittimità da parte della *High Court*. Il giudizio è articolato in due fasi, la prima delle quali deve avere inizio entro sette giorni dall'emissione del provvedimento; la Corte può infatti annullare l'ordine o imporre all'Amministrazione delle modifiche.

Nello specifico, le restrizioni imponibili mediante un *control order* possono essere le più svariate, senza pretesa di esaustività, possono qui menzionarsi le misure più gravemente lesive della libertà personale: divieto di accedere

ad alcune cose o servizi, divieto di uso di strumenti di comunicazione telefonici o telematici, divieto di frequentazione di determinate persone, divieto di associazione, restrizioni alla libertà di movimento sino alla detenzione domiciliare, coprifuoco. La ragione di una così ampia gamma di restrizioni imponibili è un corollario della ampia discrezionalità dell'autorità nello scegliere la misura in concreto applicabile nei confronti del *controllee*. Si è ritenuto infatti che questo meccanismo possa meglio garantire la sicurezza nazionale con il minimo danno per i diritti dell'individuo. Il *PTA 2005* ribadisce comunque il principio di proporzionalità per cui le restrizioni imponibili dalle Corte o dall'*Home Secretary* sono solo "quelle necessarie allo scopo di prevenire il coinvolgimento in attività terroristiche". Non viene invece mutata la definizione di attività terroristica, sostanzialmente ferma alla legislazione del 2000. La seconda sezione dell'*Act* indica i requisiti necessari perché il Ministro dell'Interno possa regolarmente emanare un *non-derogating control order*: esistenza di un ragionevole sospetto che l'individuo sia coinvolto in attività connesse al terrorismo, inevitabilità della imposizione di misure cautelari a tutela della sicurezza pubblica. La durata massima dei *non-derogating control order* è fissata in 12 mesi, ma il Ministro ha la facoltà di rinnovarli se lo ritiene necessario (sezione 2 par.6). Il potere giudiziario non risulta totalmente estromesso dal procedimento di emissione di un *non-derogating control order*; la terza sezione dell'*Act* prevede infatti che

qualunque tipo di *control order* debba essere sottoposto all'esame della Corte. Tuttavia, il potere di respingere un *non-derogating control order* è limitato all'ipotesi in cui questo risulti "*obviously flawed*", ovvero manifestamente errato. I margini per la reiezione di questo tipo di *control order* assumono dunque una portata estremamente limitata. La Corte può limitarsi comunque a una reiezione parziale, limitata a solo una parte del provvedimento. Il giudizio di convalida di un *control order* viene esaminato dalla Corte in seduta generalmente pubblica. Quando vi siano pressanti esigenze di tutela della sicurezza nazionale, l'udienza può svolgersi in forma non pubblica, senza il *controllee* e senza il suo difensore di fiducia. In questa sede la difesa del *controllee* è assunta da un "*trained and security created independent lawyer, described as a Special Advocate*", una sorta di legale d'ufficio nominato dai servizi segreti.

La violazione della misura restrittiva prevista dal *control order* è un crimine punibile con la detenzione sino a cinque anni e con una pena pecuniaria determinata in ragione della gravità della violazione senza limite massimo. La settima sezione dell'*Act* disciplina i procedimenti di modifica dei *control order*. Le modifiche possono essere effettuate su sollecitazione dei *controllee* e il Ministro ha l'obbligo di esaminare la richiesta che può comprendere anche la revoca. Per i *derogating orders* la richiesta va invece inoltrata alla Corte. Infine l'*Act* contiene, a mo' di clausola di chiusura del sistema, la

previsione che qualora gli organi di polizia siano stati in grado di reperire prove sufficienti, il *controlee* debba essere sottoposto a regolare processo acquisendo dunque le maggiori garanzie derivanti dallo *status* di imputato.

Dopo gli attentati di Londra del 7 luglio 2005, la legislazione antiterrorismo del Regno Unito ha subito un'ulteriore riforma. Il *Terrorism Act 2006* ha difatti sancito l'introduzione nell'ordinamento di nuove figure criminose connesse al fenomeno terroristico. In particolare, la Sezione 1 prevede l'ipotesi criminosa di "incoraggiamento al terrorismo" che punisce la pubblicazione di qualsiasi scritto il cui contenuto possa "incoraggiare" o "favorire" il terrorismo ovvero, comunque, indurre a commettere, preparare o istigare atti terroristici. E' inoltre prevista la fattispecie di "incoraggiamento indiretto", realizzata attraverso la "apologia" della commissione o della preparazione di atti terroristici. La sezione 2 punisce la divulgazione di pubblicazioni terroristiche, ovvero di scritti o di comunicazioni che inneggino al compimento di atti di terrorismo o che, comunque, possano essere interpretate dall'opinione pubblica come un'istigazione a preparare o compiere i predetti atti. La Sezione 5 punisce la "preparazione" di atti terroristici, perseguendo qualsiasi condotta tale da essere considerata preparatoria di un "atto di terrorismo". La Sezione 6 punisce l'"addestramento di terroristi", mentre la successiva Sezione 8 sanziona coloro che frequentano i luoghi dove si addestrano i terroristi o che,

conoscendo l'ubicazione di tali siti, non ne hanno dato tempestiva comunicazione all'autorità. La competenza per tali crimini è espressamente attribuita alle Corti del Regno Unito anche nelle ipotesi in cui i reati in questione siano stati commessi all'estero. Le Sezioni 9, 10 e 11 puniscono la fabbricazione e la detenzione di dispositivi radioattivi o di esplosivi, l'utilizzo di dispositivi o di materiale radioattivo in attacchi terroristici, il sabotaggio di centrali e siti nucleari in grado di provocare fughe di materiale radiogeno, nonché ogni ulteriore e possibile fatto realizzato con l'uso o la minaccia dell'uso di materiali radioattivi. La Sezione 12 punisce infine coloro che si introducono abusivamente in siti nucleari all'interno del territorio britannico¹⁷⁴. Sono inoltre puniti l'accordo per finalità terroristiche, e il "tentativo" di danneggiare o distruggere siti o centrali nucleari.

Nella seconda parte del provvedimento sono state riviste ed inasprite talune procedure relative alle restrizioni della libertà delle persone sospettate¹⁷⁵. Il *Terrorism Act 2006* autorizza inoltre i responsabili della Polizia a livello locale a privare i sospetti terroristi della libertà personale, a scopo preventivo, per un tempo superiore alle 48 ore previste dalla normativa vigente, prevedendo altresì il potere di inserire automaticamente nell'elenco delle organizzazioni

¹⁷⁴In realtà questa disposizione si limita a riprodurre una norma già contenuta nel *Serious Organised Crime and Police Act 2005*

¹⁷⁵Ciò ha suscitato aspre contestazioni da parte dell'opinione pubblica britannica, preoccupata sia per un'eccessiva compressione dei diritti civili sia per l'effetto "alienante" che queste disposizioni avrebbero potuto produrre sui membri della comunità islamica.

terroristiche quegli enti che a scopo elusivo abbiano provveduto a cambiare la loro denominazione. Ulteriori disposizioni consentono poi alla Polizia la possibilità di operare perquisizioni nei confronti di tutti i domicili “sotto il controllo diretto o indiretto del sospetto terrorista”, in caso di “sospetta detenzione di materiale terroristico”. Vengono infine ampliati i poteri investigativi dei servizi di *intelligence* britannici (MI5 e MI6) e le ipotesi di intercettazione, anche telefonica, senza preventiva autorizzazione da parte dell’autorità giudiziaria.

L’originaria formulazione del *Terrorism Act 2006* prevedeva in 90 giorni il termine di durata massima delle misure detentive “extragiudiziarie” da applicarsi nei confronti di soggetti sospettati di atti terroristici. Nell’elaborazione del testo finale tuttavia tale disposizione è stata modificata ridimensionando la durata massima in 28 giorni.

Tuttavia, anche alla luce delle modifiche normative apportate tra il 2005 e il 2006 non è infondata l’asserzione di quella dottrina¹⁷⁶ che ritiene che questi nuovi provvedimenti legislativi si limitino in realtà a perpetuare una lesione dei principi garantiti dalla *Magna Charta* in materia di libertà personale, a causa della eccessiva durata delle misure cautelari imponibili e della progressiva sottrazione dei provvedimenti in materia di libertà ai poteri di revisione dell’autorità giudiziaria.

¹⁷⁶C.M. POLIDORI, *Il terrorismo internazionale negli ordinamenti giuridici occidentali*, Roma, 2006.

CAPITOLO III

LA LOTTA AL FENOMENO TERRORISTICO NELLA COSTITUZIONE E NELLA LEGISLAZIONE IN SPAGNA

3.1 L'evoluzione della normativa anti-terrorismo in Spagna dalla "transizione democratica" al 2001. L'endemicità del fenomeno terroristico nella Costituzione del 1978

Al contrario di quanto accaduto in altri paesi, in Spagna, il fenomeno dell'ascesa del terrorismo internazionale non ha determinato la transizione dell'impianto legislativo verso una nuova disciplina volta ad affermare misure di prevenzione di carattere eccezionale modellate *ad hoc* e giustificate dalla difesa dello Stato di diritto. L'attività di contrasto del terrorismo si è infatti

talmente radicata nel substrato socio-politico spagnolo da diventare un costante oggetto di attenzione da parte del legislatore¹⁷⁷. Nell'agosto del 1975, poco prima della morte di Franco (20 novembre 1975), viene emanato il decreto-legge "contro il terrorismo" "Arias Navarro", destinato ad autorizzare le forze di polizia a trattenere in stato di fermo le persone sospettate di terrorismo fino ad un massimo di 10 giorni senza assistenza di un difensore, nonché ad effettuare perquisizioni domiciliari senza un preventivo mandato dell'Autorità giudiziaria

A tale provvedimento ha fatto seguito il Real Decreto-legge del 4 gennaio 1977, con cui è stata attribuita al *Juzgados Centrales de Instrucción* e alla *Audencia Nacional*, la competenza esclusiva in materia di reati di "banda armata" e "terrorismo", a sua volta seguito dalla legge n. 56 del 4 dicembre 1978, con la quale sono state confermate, con riferimento ai delitti in questione: 1) la possibilità per l'autorità di polizia di disporre l'isolamento

¹⁷⁷Il terrorismo separatista basco dell'*Euskadi ta Askatasuna (ETA)* non è stato, infatti, l'unico conosciuto dal paese, che già in "epoca franchista" si è trovato impegnato a contrastare fenomeni eversivi provenienti da organizzazioni di estrema sinistra quali il *Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO)* o il *Fronte Revolucionario Antifascista y Patriótico (FRAP)*, movimenti eversivi che si riproponevano, a grandi linee, di ottenere l'espulsione degli "imperialisti americani" dal Paese, la nazionalizzazione dei beni stranieri, la confisca del latifondo, la fine del colonialismo e la formazione di un esercito popolare. Le azioni dell'ETA sono state, inoltre, spesso connotate da carattere internazionale o, quanto meno, transnazionale in ragione della stessa natura del movimento, intenzionato a dar vita alla nazione basca (*Euskal Herria*), mediante l'unione di quattro province spagnole (Bizkaia, Gipuzkoa, Araba e Navarra) e tre francesi (Lapurdi, Behe-Nafarroa e Zuberoa)

dell'indiziato durante la detenzione preventiva; 2) la proroga dello stato di fermo oltre le ordinarie 72 ore; 3) l'istituzione di una giurisdizione speciale.

La presenza contemporanea di questi tre elementi della legislazione antiterrorismo ha determinato, secondo la dottrina dominante¹⁷⁸, la creazione di "spazi di polizia autonomi", zone franche di affermazione del potere di polizia al di fuori del controllo della magistratura, situazione che secondo alcuni¹⁷⁹ ha permesso l'istituzionalizzazione della tortura, l'impunità per coloro che la praticano nonché la difficoltà di darne prova nel corso di un procedimento penale.

Inoltre, la Legge n. 82 del 28 dicembre 1978 ha modificato le disposizioni in materia di terrorismo contenute nel codice penale spagnolo del 1973 introducendo nuove fattispecie. Negli stessi anni, il ritorno della monarchia ed in particolare l'impegno di Juan Carlos I di Borbone nella transizione democratica del Paese, ha consentito ai partiti politici, nel frattempo legalizzati, l'elaborazione di una Carta costituzionale destinata a realizzare uno "stato di diritto".

La Costituzione spagnola promulgata il 26 dicembre 1978 e pubblicata il successivo 29 dicembre, pur prevedendo importanti garanzie in materia di

¹⁷⁸C.M. POLIDORI, *Il terrorismo internazionale negli ordinamenti giuridici occidentali*, Roma, 2006; E.A. CONDE, *Stato di diritto e terrorismo, il caso spagnolo*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006.

¹⁷⁹C.M. POLIDORI, *Il terrorismo internazionale negli ordinamenti giuridici occidentali*, Roma, 2006;

libertà e sicurezza, dispone, al contempo, espresse deroghe nei confronti dei soggetti sospettati di terrorismo. Essa presenta tutti gli strumenti ordinari e straordinari utili per fronteggiare situazioni emergenziali e fenomeni terroristici. Tuttavia nella prima parte della nuova Costituzione, non si fa riferimento ad alcun principio relativo alla “sicurezza giuridica”¹⁸⁰. Ciò significa che la “sicurezza giuridica”, che pure è presente trasversalmente nell’intero impianto costituzionale spagnolo, è tuttavia subordinata ai principi fondamentali di quell’ordinamento giuridico. Il principio di “sicurezza giuridica” fa la sua apparizione solo all’art. 9 c. 2, il quale enuclea i principi di legalità, gerarchia normativa, pubblicità delle norme, irretroattività delle norme penali sfavorevoli all’imputato o restrittive dei diritti individuali, la sicurezza giuridica e il divieto per i poteri pubblici di operare in modo arbitrario. L’art. 17 della Carta costituzionale recita: “ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, salvo quanto disposto da questo articolo e nei casi e forme previste dalla legge; la detenzione preventiva non potrà durare più del tempo strettamente necessario per gli accertamenti intesi a chiarire i fatti e, in ogni caso, entro il termine massimo di 72 ore la persona arrestata dovrà essere messa in libertà

¹⁸⁰Si veda ad esempio l’art.1 comma 1 della Costituzione spagnola: “La Spagna costituisce uno Stato sociale e democratico di diritto che propugna quali valori fondamentali del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l’eguaglianza e il pluralismo politico” (trad. Nostra). Cfr. C.P BARBA MARTINEZ, *La Constitución española y la seguridad*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009

o a disposizione dell'autorità giudiziaria. Ogni persona detenuta deve essere informata immediatamente ed in maniera comprensibile dei suoi diritti e dei motivi della detenzione, e non può essere costretta a fare dichiarazioni. Nel corso delle indagini di polizia e giudiziarie al detenuto viene garantita l'assistenza di un avvocato, nei termini di legge. La legge disporrà una procedura di "*Habeas Corpus*" affinché qualunque persona detenuta illegalmente sia messa immediatamente a disposizione dell'autorità giudiziaria. La legge stabilirà, inoltre, la durata massima della carcerazione provvisoria".

L'art.86 prevede che il Governo possa adottare decreti-legge in casi di straordinaria urgenza e necessità. Tuttavia tale fonte conosce numerosi limiti di operatività dettati dalla stessa Carta costituzionale: i decreti devono essere convertiti, respinti o trasformati in disegni di legge entro 30 giorni dal Congresso dei deputati. In nessun caso possono modificare l'ordinamento di base delle istituzioni dello Stato, i diritti, i doveri e le libertà dei cittadini previsti dalla costituzione, il regime delle Comunità autonome e il diritto elettorale generale. A causa di queste limitazioni questa fonte appare svolgere un ruolo decisamente recessivo nella gestione dell'emergenza e delle crisi costituzionali.¹⁸¹ La costituzione spagnola prevede ulteriori e diversi

¹⁸¹ Cfr. L. PEGORARO, *Fonti del diritto*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, cit., p. 156.

strumenti per la “protezione straordinaria dello Stato”¹⁸²: deroghe generalizzate alla disciplina costituzionale dell’assetto dei poteri pubblici e della tutela delle libertà costituzionali sono espressamente consentite e disciplinate, e la scelta sulla loro attivazione è prevalentemente lasciata ad una maggioranza qualificata del Parlamento.¹⁸³ Inoltre la Costituzione vieta la modifica dell’assetto organizzativo durante gli stati di eccezione: è vietato lo scioglimento del Congresso dei Deputati, il funzionamento del Parlamento e degli altri organi costituzionali non può essere interrotto, si prevede il mantenimento del principio della responsabilità politica governativa, si prevede l’attivazione di una commissione parlamentare permanente nel caso il Congresso non possa operare e l’art. 169 vieta l’attivazione di procedimenti di revisione costituzionali durante gli stati d’eccezione.

In proposito l’art. 116 prevede tre forme crescenti di stato di eccezione, con differenti presupposti e differenti competenze di ciascuna, nei quali è anche consentita la sospensione generalizzata di talune norme costituzionali. La previsione costituzionale è stata integrata dalla Legge Organica n.1 del 1

Le numerose limitazioni cui è sottoposto l’istituto del decreto-legge da parte della Costituzione del 1978 possono essere considerate come una forma di reazione nei confronti dell’abuso di tale strumento attuato ai tempi del regime franchista.

¹⁸²P. CRUZ VILLANON, *La protezione straordinaria dello Stato*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, a cura di E. Garcia de Enterría e A. Predieri, Milano, 1982, p. 647 ss.

¹⁸³Cfr. P. CRUZ VILLANON, *El nuevo derecho de exception*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1981, II, pp. 103-105.

giugno 1984 che ha meglio precisato i presupposti e i confini di ciascuno degli stati d'eccezione:

1) Il grado più basso è l'*Estado de Alarma* che è dichiarato dal Governo per un periodo massimo di 15 giorni, con obbligo di informare il Congresso dei deputati, che può prorogarlo; esso è proclamato in caso di calamità naturali, emergenze sanitarie, carenza di prodotti di prima necessità, paralisi dei servizi pubblici essenziali che la Costituzione esige siano garantiti anche durante i conflitti sindacali. Un simile stato d'eccezione non abilita alla deroga delle norme costituzionali.

2) Il secondo grado è l'*Estado de exception*, anch'esso dichiarato per mezzo di un decreto del Governo, che richiede tuttavia la previa autorizzazione del Congresso dei deputati e che deve espressamente stabilire gli effetti, l'ambito territoriale e la durata (non oltre i 30 giorni) della proclamazione dello stato suddetto; esso è proclamato quando il libero esercizio dei diritti e delle libertà dei cittadini, il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e dei servizi pubblici essenziali per la comunità o qualsiasi altro aspetto dell'ordine pubblico risultino così grandemente compromessi che l'esercizio dei poteri ordinari si riveli insufficiente per il ristabilimento dell'ordine pubblico; La dichiarazione deve indicare l'ambito territoriale di efficacia del provvedimento e quali siano i diritti

costituzionali sospesi tra quelli indicati all'art. 55 della Costituzione: libertà personale (fatto salvo il diritto alla difesa e ad essere informato dei propri diritti), libertà di domicilio, segretezza delle comunicazioni private, libertà di circolazione e soggiorno, libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione, libertà di riunione, diritto di sciopero e di conflitto sindacale.

- 3) Infine si prevede un terzo e più severo grado della scala delle emergenze, definito *Estado de Sitio*, cioè Stato d'assedio, la cui dichiarazione, su esclusiva proposta del Governo, richiede la maggioranza assoluta del Congresso dei deputati, il quale deve anche determinare l'ambito territoriale, la durata e le condizioni del provvedimento: in tale stato le medesime libertà costituzionali indicate nell'art. 55 possono essere limitate ed addirittura si può derogare anche al diritto di difesa e al diritto di informare gli arrestati; esso è proclamato quando si verifichi o quando si minacci di verificare un'insurrezione o un atto di forza contro la sovranità o contro l'indipendenza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordinamento costituzionale.

Gli stati d'eccezione ad effetto generale non hanno mai trovato applicazione durante la vigenza della Costituzione spagnola. Di maggior rilevanza teorica e pratica risulta dunque essere la sospensione

individuale di diritti costituzionalmente garantiti ai sensi dell'art. 55 c.2. La norma costituzionale sancisce che possono essere sospesi i diritti previsti dagli artt.17 c.2 (durata massima della detenzione preventiva), 18 c.2 e c.3 (inviolabilità del domicilio e della corrispondenza) in relazione alle investigazioni per reati di banda armata o di terrorismo, rinviando la disciplina dei casi e le modalità di attuazione ad una successiva legge organica. Viene così attuato un controllo sia parlamentare che giurisdizionale sull'attuazione della norma costituzionale.¹⁸⁴ La disposizione citata ha trovato attuazione nella Legge Organica n. 11 del 1 dicembre 1980, con la quale vengono, in primo luogo, identificate le garanzie che potranno essere sospese ai sensi della norma costituzionale. Tali sono: 1) il diritto di essere rimesso in libertà o posto a disposizione dell'autorità giudiziaria entro le 72 ore dal fermo; 2) il diritto all'inviolabilità del domicilio in assenza di un provvedimento della magistratura; 3) il diritto all'inviolabilità e al segreto delle comunicazioni postali, telegrafiche e telefoniche. La legge individua, inoltre, i destinatari

¹⁸⁴ J. C. REMOTTI CARBONELL, *La constitucion y medias contra el terrorismo. La suspension individual de derechos y garantias*, Madrid, 1999.

Quella norma costituzionale fu scritta tenendo ben presente l'esperienza spagnola del terrorismo politico e separatista e nella dottrina spagnola vi è chi ha affermato che da un lato si è trattato di un ragionevole atto di realismo da parte della Costituzione di un popolo la cui vita pubblica è da decenni colpita dal terrorismo e dall'altro che quella norma rischia di essere interpretata come un avallo o come un'autorizzazione alla restrizione dei diritti fondamentali, andando al di là della stretta finalità che la Costituzione le assegna. Cfr. J.J.SOLOZABAL ECHEVARRIA, *Espagne*, in *Table ronde « Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux »*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2002, p. 152

della deroga e la tipologia dei delitti: “Agli effetti previsti dall’art.55 c.2 della Costituzione ,si intenderà che le persone i cui diritti fondamentali possono essere sospesi nei casi e nella misura determinati presente legge, sono quelle che si presumono essere integrati o aver buone relazioni con gruppi terroristici o con bande armate che ledano gravemente la sicurezza dei cittadini, che pianificano, organizzano, eseguono, cooperano o incitano in modo diretto alla realizzazione delle azioni che si specificano nel seguente paragrafo, così come, una volta progettati, tentati o commessi gli stessi, ne facciano pubblica apologia o nascondano coloro che sono coinvolti in essi. L’ambito di applicazione della presente legge comprenderà le seguenti azioni:

- 4) Delitti contro la vita e l’integrità fisica.
- 5) Detenzioni illegali sotto riscatto, o sotto qualunque altra condizione, e detenzione illegale con simulazione di funzione pubblica
- 6) Detenzione o deposito di armi, munizioni o esplosivi, così come la loro acquisizione, fabbricazione, trasporto o gestione.
- 7) Coazioni, minacce o estorsioni
- 8) Incendi e stragi
- 9) Delitti contro la sicurezza esterna dello Stato.

10) Delitti direttamente connessi con i precedenti e, in generale, quelli che il Codice Penale qualifica come “terroristi”.¹⁸⁵

La Legge Organica n.11 del 1980 fu poi sostituita dalla Legge Organica n.9 del 1984 la quale fu però dichiarata parzialmente incostituzionale. La giurisprudenza costituzionale spagnola sul tema appare dunque piuttosto significativa. In primo luogo il Tribunale Costituzionale fin dall’inizio della sua giurisprudenza ha voluto anch’esso dare una definizione stretta e rigorosa della nozione di terrorismo, così limitando il tipo di persone potenzialmente interessate dalla sospensione dei diritti: “ciò che caratterizza l’attività terrorista è lo scopo o almeno l’effetto di diffondere un clima di inquietudine, di insicurezza sociale, quale causa del suo carattere sistematico, reiterato e molto spesso indifferenziato”.¹⁸⁶ Si afferma così che ogni banda armata in quanto tale non può essere considerata una banda terrorista, così come ogni attività mirante a distruggere l’ordine costituzionale democratico non è essa stessa comparabile di per sé al terrorismo, persino se essa usa la violenza. E’ stata tuttavia ritenuta legittima l’inclusione, nella Legge Organica n.9 del 1984, del delitto di ribellione tra quelli suscettibili di determinare una sospensione dei diritti costituzionali, perché è ben possibile che

¹⁸⁵trad. nostra

¹⁸⁶Tribunal constitucional, sent. n. 199/1987.

determinati gruppi o organizzazioni criminali, senza alcun obiettivo politico, attraverso il carattere sistematico e reiterato della loro attività o l'importanza numerica della popolazione interessata, possano creare una situazione di urgenza nella sicurezza pubblica. Il Tribunale Costituzionale è poi intervenuto per censurare un'ulteriore Legge Organica di sviluppo delle previsioni dell'art.55 c.2, ovvero la legge organica n.4 del 1988. In questa occasione¹⁸⁷, il Tribunale Costituzionale ha tuttavia ritenuto che la mancata previsione di un controllo parlamentare adeguato non è incostituzionale, in quanto la Costituzione esige soltanto che il Parlamento sia messo nelle condizioni di conoscere e soprintendere ai comportamenti delle forze e dei corpi di sicurezza, il che può essere assicurato attraverso garanzie risultanti sia da leggi specifiche, sia dai Regolamenti delle Camere, le quali devono però configurare quella specifica previsione di controllo in modo tale che essa abbia piena effettività. Inoltre, la natura delle restrizioni consentite a taluni diritti fondamentali è considerata soltanto una restrizione e non già una perdita della titolarità dei diritti e deve essere una sospensione individualizzata nei confronti di determinati indagati e soltanto nella misura in cui ciò è necessario per lo svolgimento delle indagini; perciò le restrizioni apportate ai diritti non significano un'assenza totale di protezione, in

¹⁸⁷Tribunal constitucional, sent. n. 71/1994.

quanto la sospensione richiede in ogni caso il necessario intervento giudiziario: si tratta dunque di situazioni normative temporanee durante le quali il regime dei diritti fondamentali non è quello previsto in via ordinaria, ma è un regime distinto, instaurato in risposta ad una minaccia specifica contro l'ordine democratico. Circa la sospensione del limite massimo della carcerazione preventiva, poiché la finalità di questa resta quella cautelare per consentire l'accertamento dei fatti, la legislazione prevede che essa sia richiesta al giudice dalla polizia giudiziaria e deve essere specificamente motivata sulla necessità di prorogare la detenzione per assicurare il successo delle indagini in corso. E' poi consentita la messa in segreto del detenuto in carcerazione preventiva, con un difensore d'ufficio nominato dal Consiglio dell'ordine, ma il Tribunale Costituzionale ne ha dichiarato l'incostituzionalità nel caso non sia stata richiesta al giudice la convalida della misura.¹⁸⁸ Circa la sospensione dell'inviolabilità del domicilio il Tribunale ha dichiarato costituzionalmente legittima la previsione legislativa dell'adozione *a posteriori* della misura da parte dell'autorità di polizia, sulla base di una loro comunicata motivazione, in quanto considerata un'eccezione motivata al contenuto del precetto costituzionale che esige un'autorizzazione giudiziaria preventiva a qualsiasi forma di penetrazione o ingresso nel domicilio. Circa la

¹⁸⁸Tribunal constitucional, sent. n. 199/1987.

sospensione al diritto al segreto delle comunicazioni il Tribunale ha ritenuto legittima la disciplina legislativa nella quale il legislatore sembra aver realizzato un bilanciamento adeguato tra l'effettività della sospensione e l'intervento giudiziario, che interviene soltanto dopo l'avvenuto intervento dell'autorità di polizia per un termine non superiore a 3 mesi e soltanto in casi determinati dalla legge e dalla necessità di far proseguire con successo l'indagine. Occorre infine ricordare che la legislazione aggiungeva alla sospensione individuale dei diritti costituzionali indicati nell'art. 55, la chiusura dei mezzi di comunicazione e la sospensione dell'esercizio delle cariche pubbliche e dell'elettorato passivo. Su queste misure il Tribunale Costituzionale è intervenuto: la chiusura dei mezzi di comunicazione è stata dichiarata incostituzionale, perché è stata ritenuta un attentato sproporzionato alla libertà di espressione, mentre la sospensione dell'esercizio delle cariche pubbliche è stata dichiarata non in contrasto con l'uguaglianza nell'accesso e nell'esercizio delle cariche pubbliche garantito dall'art. 23 della costituzione, sia perché essi si trovano nella condizione oggettiva di detenuti o imputati, sia perché la finalità della misura è soltanto cautelare e reversibile, il che non viola la presunzione di innocenza.¹⁸⁹

¹⁸⁹Tribunal constitucional, sent. n. 199/1987.

L'art. 55 c.2 fa inoltre riferimento alla responsabilità penale connessa all'uso abusivo del potere di eccezione, disposizione diretta in primo luogo ai giudici, destinati ad applicare il "diritto di eccezione" configurato all'art. 55.¹⁹⁰

Per completare l'inquadramento teorico del principio di sicurezza giuridica all'interno della Costituzione spagnola del 1978, è necessario fare riferimento all'art. 97 che, nell'individuare le competenze del governo, include l'esclusiva responsabilità di questo in materia di sicurezza e politica interna. L'art. 104 c.1 riconosce il ruolo di garanti della sicurezza ai corpi armati dello Stato, posti alla dipendenza dell'Esecutivo e costituiti "per garantire la sicurezza, la libertà e la protezione dei diritti all'interno del territorio spagnolo". La tutela della sicurezza interna costituisce competenza esclusiva dello Stato, senza che ciò pregiudichi la possibilità per le Comunità autonome di costituire propri ordinamenti di polizia e di provvedere autonomamente alla difesa dei propri edifici pubblici.¹⁹¹

Da quanto affermato in precedenza si evince come l'impianto costituzionale spagnolo sia nel complesso fortemente garantistico. Un garantismo rafforzato anche dalla comune interpretazione dell'art. 24 sul

¹⁹⁰C.P BARBA MARTINEZ, *La Constitución española y la seguridad*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009

¹⁹¹Di questa possibilità si sono ad esempio avvalsi la Catalogna e il Paese basco.

diritto alla tutela giurisdizionale, la quale viene intesa non solo come una mera tutela dell'azionabilità delle pretese giuridiche di fronte a un giudice precostituito per legge, ma anche come un diritto ad un più ampio concetto di "difesa" che finisce per coinvolgere ontologicamente un principio di sicurezza giuridica.¹⁹²

Tornando ora all'evoluzione storica della normativa anti-terrorismo nei primi anni del costituzionalismo spagnolo, è necessario ricordare come, dopo la vittoria del PSOE (Partito socialista operaio spagnolo) alle elezioni politiche del 1982, il governo di Felipe Gonzales abbia dettato nuove disposizioni relative ai reati di banda armata e terrorismo, prevedendo, con la Legge Organica n. 9 del 26 dicembre 1984, la dichiarazione di illiceità e lo scioglimento di associazioni o organizzazioni i cui dirigenti o responsabili siano stati condannati per suddetti reati (art. 5); provvedimento indubbiamente antesignano rispetto alla Legge Organica 6/2002 con la quale è stato messo al bando il partito basco "*Herri Batasuna*", della quale si dirà in seguito.

Tale normativa è stata seguita dalla Legge Organica n. 6 del 1 luglio 1985, relativa al *Poder judicial*, che, nello stabilire taluni diritti fondamentali

¹⁹²C.P BARBA MARTINEZ, *La Constitución española y la seguridad*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009 cfr. pp. e ss.

nell'ambito del procedimento penale, ha sancito in modo definitivo la perseguibilità dei reati di terrorismo commessi fuori dal territorio nazionale. L'art. 23 del Titolo I, relativo all'estensione e ai limiti della giurisdizione spagnola, stabilisce infatti che tale giurisdizione sarà applicata nei confronti dei delitti commessi a bordo di aeromobili spagnoli, senza alcun pregiudizio ed in conformità ai trattati internazionali di cui la Spagna è parte. La giurisdizione spagnola sarà inoltre applicata alle fattispecie di reato previste dal codice penale spagnolo, commesse al di fuori del territorio nazionale da un cittadino spagnolo o straniero, sempre che dopo la commissione del reato quest'ultimo abbia acquisito la cittadinanza, a condizione che: 1) la fattispecie delittuosa sia considerata tale anche nel luogo ove è stata commessa, salvo nei casi in cui, in virtù di un trattato internazionale, o di un atto normativo di una organizzazione internazionale di cui la Spagna è parte, questa condizione non risulti necessaria; 2) la vittima o il Ministero delle finanze sporgano denuncia davanti ai Tribunali spagnoli; 3) il reo non sia stato assolto, abbia usufruito dell'amnistia, o sia stato perseguito all'estero, e in quest'ultimo caso non abbia interamente scontato la pena inflittagli. Nel caso il soggetto abbia scontato solo parte della pena all'estero, questa è computata ai fini della pena residua. La giurisdizione si estende anche ai reati commessi da

cittadini spagnoli o stranieri al di fuori del territorio nazionale che, ai sensi della legge nazionale, siano qualificati come:

- 1) Reati di tradimento o contro la pace o l'indipendenza dello Stato;
- 2) Reati commessi contro il titolare della Corona, la di lui consorte, il successore o il reggente;
- 3) Reati di ribellione e sedizione;
- 4) Reati di falsificazione della firma del Sovrano o dei marchi reali a firma del Sovrano, dei marchi dello Stato, della firma dei ministri e dei marchi di pubblici ufficiali;
- 5) Reati di falsificazione e spendita della moneta spagnola o qualsiasi altra falsificazione che pregiudichi direttamente l'interesse dello stato;
- 6) Reati di attentato contro le autorità e i funzionari pubblici spagnoli;
- 7) Delitti commessi da funzionari pubblici residenti all'estero nell'esercizio delle proprie funzioni o contro la pubblica amministrazione;
- 8) Delitti relativi al cambio della valuta:

Infine, la giurisdizione spagnola verrà applicata anche nei confronti dei cittadini spagnoli o stranieri per delitti commessi al di fuori del

territorio nazionale che, in conformità alla legge spagnola, possono essere qualificati come:

- 1) Genocidio;
- 2) Terrorismo;
- 3) Pirateria o sequestro illecito di aeromobile;
- 4) Falsificazione di valuta estera;
- 5) Prostituzione e corruzione di minori;
- 6) Traffico illegale di sostanze psicotrope, tossiche e stupefacenti;
- 7) Qualsiasi altro reato che secondo i trattati o le convenzioni internazionali debba essere perseguito in Spagna.

Nel 1986, l'ingresso della Spagna nella Comunità Economica Europea ha indotto il Governo ad adeguare l'eccessiva rigidità della legislazione antiterrorismo nazionale ai parametri europei. Il Governo ha così limitato il periodo di fermo ad un massimo di cinque giorni, stabilendo inoltre che l'isolamento del detenuto disposto dall'autorità di polizia dovrà essere ratificato dal Giudice istruttore centrale entro le 24 ore. Inoltre, permane in vigore la norma che impone l'avvocato d'ufficio al detenuto in isolamento, norma che è stata dichiarata non incostituzionale. Con la Legge

Organica n. 10 del 23 novembre 1995, è stato quindi promulgato il codice penale attualmente in vigore. L'art. 571 del codice penale punisce coloro che appartenendo, agendo al servizio o collaborando con bande armate, organizzazioni o gruppi la cui finalità sia di sovvertire l'ordine costituzionale o alterare gravemente la pace pubblica, commettano i delitti di strage e di incendio indicati agli articoli 346 e 351.

Il successivo art. 572, punisce gli atti terroristici consistenti nell'omicidio, nelle lesioni personali, nel sequestro, nella minaccia o nella coercizione di una persona, prevedendo un'espressa aggravante nel caso in cui tali atti siano posti in essere nei confronti delle forze armate, delle forze di sicurezza dello stato, delle forze di polizia delle comunità autonome o degli enti locali. Gli artt. 573 e 574 del codice penale prevedono quindi un aggravio di pena per chi appartenendo, agendo al servizio o collaborando con le bande armate, le organizzazioni o i gruppi sopra descritti "detenga armi, munizioni, sostanze o ordigni esplosivi, infiammabili, sostanze asfissianti o loro componenti, così come la fabbricazione, il traffico, il trasporto o la mera collocazione dei sopra citati artifici, ovvero commettano qualsiasi altro reato con una delle finalità descritte dall'art. 571.

L'art. 575 prevede un inasprimento delle pene rispetto a quelle previste per i medesimi reati contro il patrimonio "quando siano commessi al fine di procurare fondi a bande armate, organizzazioni o gruppi sopracitati, o comunque con il proposito di favorire le loro finalità". L'art. 576 punisce gli atti di collaborazione con le predette organizzazioni ("colui che commette o facilita qualsiasi atto di collaborazione con le attività o finalità di una banda armata, organizzazione o gruppo terroristico") definendo "atti di collaborazione" la raccolta o la vigilanza di persone, beni od installazioni, la costruzione, l'adattamento, la cessione o l'utilizzazione di alloggi o depositi; l'occultamento od il trasporto di persone vincolate alle organizzazioni di cui sopra; l'organizzazione di pratiche di addestramento o qualsiasi altra forma di assistenza ad esse e in generale qualsiasi altra forma che equivalga al favoreggiamento (aiuto, collegamento economico o di altro genere con le citate bande armate o gruppi terroristici). Il reato è aggravato dal fatto di mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica, la libertà o il patrimonio delle persone predette. Ai sensi dell'art. 576 coloro che, senza appartenere ad una banda armata, organizzazione o gruppo terrorista, e con la finalità di sovvertire l'ordine costituzionale o di alterare gravemente la pace pubblica, o

con quella di contribuire a questi fini terrorizzando i componenti di una popolazione o i membri di un collettivo sociale politico o professionale, commettano omicidio, lesioni tipizzate dagli artt. da 147 a 150, detenzioni illegali, sequestro, minacce o coercizioni contro le persone, o compiano qualsiasi delitto di incendio, strage o danni di cui agli artt. da 263 a 266, 323 e 560 o possesso, fabbricazione, esposizione, traffico, trasporto, distribuzione di armi, munizioni o sostanze o apparati esplosivi, infiammabili, incendiari o asfissianti o di loro componenti, saranno puniti con la pena che corrisponde al fatto commesso aumentata della metà.

L'art. 578 punisce l'istigazione dei delitti compresi negli artt. da 571 a 577 del codice penale o la giustificazione, attraverso qualsiasi mezzo di pubblica espressione, dei delitti in questione o di coloro che vi abbiano preso parte, la realizzazione di atti che comportino discredito, vilipendio o umiliazione delle vittime dei delitti di terrorismo o dei loro familiari.

L'art. 579 punisce infine la provocazione, l'accordo o la proposta di commettere i delitti previsti negli articoli da 571 a 578. La Legge Organica n. 7 del 22 dicembre 2000 ha quindi modificato gli artt. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 e 579 e parte della Legge

Organica n. 5 del 12 gennaio 2000 con riferimento alla responsabilità dei minorenni per i delitti di terrorismo.

3.2 L'evoluzione della normativa anti-terrorismo in Spagna in seguito all'emergenza del terrorismo internazionale.

Come si è accennato la Costituzione spagnola costituisce un *unicum* nel panorama comparatistico in virtù delle sue previsioni emergenziali. L'art. 55 della Carta costituzionale spagnola disciplina infatti la sospensione dei diritti e delle libertà introducendo la complessa tematica della difesa straordinaria della Costituzione, ovvero del "diritto di eccezione", un istituto che viene inserito all'interno delle coordinate dello stato di diritto, venendo così completamente "normativizzato". L'eccezione non può dunque esulare dai confini di una previsione normativa. Lo "stato di eccezione", come è noto, viene considerato uno dei corollari della "sovranità" degli Stati moderni. Esso si contrappone allo Stato di diritto, perché si configura come una situazione in cui il diritto è sospeso. D'altro canto, esso tende a situarsi in una posizione intermedia tra lo stato di natura e lo stato di diritto, assumendo una connotazione pre-giuridica. Questa situazione in cui il potere

costituito sospende il diritto è sotto certi aspetti speculare al diritto di resistenza, altra situazione in cui legalità e legittimità si differenziano, ma, in questo secondo caso, essa opera a favore del popolo e non del potere costituito.

Le misure di difesa straordinarie della Costituzione vengono giustificate attraverso una pluralità di punti di vista: il principio di legittima difesa, le clausole *rebus sic stantibus* o *pacta sunt servanda* sono state tutte concretamente invocate in certi momenti storici. E' stato senza dubbio Carl Schmitt colui che ha evidenziato come attraverso le misure eccezionali si esprime una dose di potere incalcolabile, giungendo ad affermare che "sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione"¹⁹³. Dunque, sebbene sia lecito sostenere che lo Stato di diritto è capace di sottomettere l'eccezionalità alla norma giuridica, occorre altresì rilevare che il potere di eccezione è un potere limitato. Esso è limitato dal principio di legalità, dalla garanzia di indipendenza del potere giudiziario, dall'impossibilità di riformare la Costituzione durante la

¹⁹³C. SCHMITT, Teologia Politica Milano, 1992.

Lo Stato d'eccezione anche noto come "Stato totale per energia", si contrappone allo Stato totale per debolezza a cui Carl Schmitt faceva riferimento come Stato creato dal compromesso liberal-democratico, ritenuto incapace di decisione politica, di sovranità, pur occupandosi di ogni ambito della società. Lo Stato d'eccezione si configura come soggetto politico che deve avere e pretendere per sé il controllo totale di ogni ambito della società (Stato che Schmitt vedrà realizzato nel Terzo Reich).

sua vigenza, dall'esistenza di un'alterazione grave e immediata per la vita dello Stato democratico, dal carattere necessariamente transitorio ed eccezionale delle misure adottate con il potenziale immediato ritorno alla normalità.

La sospensione dei diritti e delle libertà come misura eccezionale si giustifica in una democrazia soltanto "sull'altare della difesa degli stessi diritti fondamentali quando, determinate azioni, per un verso, limitano o impediscono di fatto il loro esercizio in quanto diritti soggettivi della maggioranza dei cittadini e, per altro verso, mettono in pericolo l'ordinamento della comunità nazionale, ossia, lo stato democratico"¹⁹⁴.

Il "diritto di eccezione" è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 55 c.1 e 116 c.1 della Costituzione in cui si regola la problematica degli stati di emergenza: allarme, eccezione e assedio. Si pone poi la questione se l'art. 55 c.2, che prevede la sospensione individuale dei diritti e delle libertà, possa o meno essere considerato come una manifestazione del diritto di eccezione. La sospensione individuale dei diritti e delle libertà pone importanti problemi che riguardano l'essenza dello Stato democratico spagnolo e che giungono fino a mettere in discussione

¹⁹⁴TribunalConstitucional, sentenza n. 25 del 14 luglio 1981.

la necessità della sua costituzionalizzazione. Ci si è chiesti, innanzitutto, se questa figura possa considerarsi o meno parte del diritto di eccezione, giacché un suo uso ampio può avere effetti più estesi del diritto di eccezione stesso. D'altro canto, la sospensione individuale può riguardare un numero di persone non inferiore di quelle colpite dalla sospensione generale, potendo toccare un qualunque cittadino¹⁹⁵. Infine, la legislazione attuativa, approvata sotto l'impulso di precisi avvenimenti politici¹⁹⁶, ha ulteriormente enfatizzato questa problematica, facendo sì che venissero messe in dubbio la legittimità costituzionale, l'efficacia nella lotta contro il terrorismo e l'opportunità politica delle misure adottate.

Come si è visto *supra* (Cap. III par. 1), la Costituzione prevede la possibilità di porre in essere una sospensione dei diritti costituzionali di ordine generale o particolare, ovvero limitata a pochi soggetti tassativamente individuati. In questo quadro

¹⁹⁵L'inserimento di una clausola sullo stato d'eccezione nella costituzione fu accompagnato da un vivace dibattito politico all'interno delle *Cortes* e della commissione affari costituzionali costituita al suo interno cfr. *Cortes generales, La Constitución español. Trabajos parlamentarios*, 1979; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, num. 44 del 5 gennaio 1978

A questo dibattito ha fatto seguito un altrettanto aspro dibattito dottrinale cfr. A.M CARMONA CONTRERAS, *Respuestas del ordenamiento jurídico español frente el terrorismo: "el rayo que no cesa"*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, a cura di (LOSANO, CAVINO, TRIPODINA), Torino, 2009

¹⁹⁶Ci si riferisce al tentativo di colpo di stato posto in essere in 23 febbraio 1981 dal tenente colonnello della *Guardia Civil* Antonio Tejero, che fece irruzione alla testa di una decina di uomini al *Congreso de los Diputados*.

normativo di ordine costituzionale si inserisce la normativa d'attuazione che, per previsione della costituzione, deve essere contenuta in una Legge Organica. L'opzione a favore di questa fonte tipica dell'ordinamento spagnolo non è casuale: il costituente ha voluto che la normativa chiamata ad individuare l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del regime derogatorio dei diritti costituzionali fosse contenuta in un atto-fonte gerarchicamente sovraordinato rispetto alle altre leggi. L'atto-fonte "legge organica" è identificata nell'ordinamento spagnolo da due elementi che devono concorrere congiuntamente: uno di carattere materiale, ovvero una riserva costituzionale che abilita tale fonte ad operare in alcune materie individuate (art. 81 c.1) e l'altro di carattere processuale, ovvero la necessità che il progetto di legge organica sia approvato dal Congresso a maggioranza assoluta. In questo modo il costituente ha voluto che la normativa di attuazione dell'art. 55 fosse approvata con un ampio consenso delle forze politiche rappresentate in Parlamento. La dottrina spagnola non ha mancato di mettere in luce come l'interpretazione letterale della Costituzione suggerisca come questa esiga che il Parlamento ponga in essere una normativa di sviluppo dell'art. 55 c.1 relativo agli stati d'eccezione generali, mentre la norma simmetricamente riferita

alle sospensioni individuali è formulata in termini apparentemente facoltativi, il Parlamento cioè non sarebbe vincolato nell'*an* della stessa emanazione di una normativa di sviluppo.¹⁹⁷

La legge organica di sviluppo dell'art. 55 c.2 costituisce una legge stabile e pienamente integrata nell'ordinamento giuridico benché i suoi precetti normativi siano destinato a trovare attuazione soltanto in casi eccezionali¹⁹⁸.

A partire dal 1988 la normativa organica afferente la sospensione individuale dei diritti costituzionali è confluita nella *Ley de enjuiciamiento criminal*, ovvero una legge di carattere generale concernente la procedura penale. Questo *modus operandi* legislativo è stato fortemente criticato in quanto farebbe perdere alla normativa di attuazione dell'art. 55 c.2 la sua specificità che sarebbe implicitamente richiesta dal testo costituzionale.¹⁹⁹

¹⁹⁷A.M CARMONA CONTRERAS, *Respuestas del ordenamiento juridico espanol frente el terrorismo: "el rayo que no cesa"*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, a cura di (LOSANO, CAVINO, TRIPODINA), Torino, 2009. La questione peraltro ha una rilevanza teorica: da una parte l'ordinamento spagnolo non conosce, allo stesso modo di quello italiano, rimedi giuridici nei confronti dell'inerzia parlamentare. Dall'altra, l'opzione per una normativa di attuazione dell'art. 55 c.2 che il costituente ha riservato alle contingenze politiche del sistema, è stata prontamente utilizzata fin dai primi anni e, come si è visto, più volte riformata per adeguarla ai "moniti" del Tribunale Costituzionale.

¹⁹⁸E.V FORURIA, *La suspension de derecho por terrorismo en el ordenamiento espanol*, Madrid, 2009 cfr. pp. 68 e s.

¹⁹⁹P.TENORIO, *Constitucion y legislacion antiterrorista*, in RDP, n. 71 e 72, 2008

Prescindendo da leggi di carattere settoriale, come possono essere quella sugli stranieri o sullo scioglimento dei partiti politici (in cui spesso il fenomeno terroristico resta sullo sfondo), nella legislazione antiterrorismo è possibile dunque operare una *summa divisio* cronologica tra la legislazione, in parte attuativa del dettato costituzionale che ha caratterizzato il radicamento della democrazia in Spagna e l'ingresso del paese nell'Unione europea, e la legislazione emanata in seguito all'avvento della stagione dell'emergenza terroristica nel 2001. Questa distinzione consentirà di verificare se la più recente legislazione emergenziale abbia segnato una rottura della continuità con la normativa precedente, tenendo sempre presente la peculiarità dell'impianto costituzionale spagnolo che prevede una normativizzazione dello stato d'eccezione. La prima fase è stata esaminata nel paragrafo precedente; la seconda si apre con la legge sui partiti politici (Legge Organica 6/2002), in forza della quale è stata messo al bando il partito basco *Herri Batasuna*. La Legge n. 2 del 12 marzo 2003 ha modificato la Legge 32/1999 dell'8 ottobre 1999 "di solidarietà con le vittime del terrorismo"²⁰⁰. La legge n. 11 del 21 maggio 2003 disciplina le squadre investigative comuni nell'ambito dell'Unione

²⁰⁰Trad. nostra

europea al fine di dare attuazione, nell'ordinamento giuridico spagnolo, alla decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002. Altre disposizioni della stessa legge concernono il contrasto al finanziamento dei gruppi terroristici; esse dispongono il blocco dei versamenti e dei movimenti di capitale e vietano l'apertura di conti presso enti finanziari, istituendo anche la *Comision de Vigilancia de Actividades de Financiacion del Terrorismo*. Con una legge organica complementare alla legge in esame si stabilisce il regime di responsabilità penale dei membri delle squadre investigative comuni che si trovino ad operare in Spagna. Bisogna inoltre ricordare la legge organica n. 4 del 21 maggio 2003 con cui si modifica la *Ley Organica del poder judicial* (LOPJ) e la *Ley reguladora de la jurisdiccion contencioso-administrativa* (LJCA), attribuendo alla *Sala de lo Contencioso* dell'*Audencia Nacional* la competenza a conoscere degli atti della *Comision de Vigilancia*. La legge organica n.7 del 1 luglio 2003 introduce misure per garantire l'effettività della pena; essa implica la modifica di vari precetti del codice penale con l'intento di introdurre nell'ordinamento giuridico il c.d *periodo de seguridad*, così come l'aumento del limite massimo di esecuzione delle pene fino a 40 anni e la modifica dei benefici penitenziari e la libertà condizionale. La legge organica n.

15 del 25 novembre 2003 modifica il codice penale prevedendo un inasprimento delle pene per i reati di terrorismo. La legge organica n.13 del 24 ottobre 2003 di riforma dell'istituto della carcerazione preventiva è ispirata ad una politica di "tolleranza zero", tanto da far affermare alla dottrina spagnola che essa abbia marcato il passaggio dallo "Stato di diritto" allo "Stato di diritto penale"²⁰¹. Il codice penale ha subito successive novelle ad opera delle seguenti leggi organiche: n.1 del 10 marzo 2003, n.7 del 30 giugno 2003, n. 11 del 29 settembre 2003, n. 15 del 25 novembre 2005, n. 20 del 23 dicembre 2003, n. 1 del 28 dicembre 2004, n. 2 del 22 giugno del 2005 e n. 4 del 10 ottobre 2005. Si tratta di un continuo affastellamento di disposizioni volte ad inasprire progressivamente le pene previste dal codice in materia di terrorismo. La legge n. 19 del 4 luglio 2003 concerne il regime giuridico dei movimenti di capitali e delle transazioni economiche con l'estero, essa introduce anche alcune misure di prevenzione contro il riciclaggio dei capitali che implicano un aggiornamento della normativa precedente. Con questa legge vengono inoltre recepite alcune direttive comunitarie. Il successivo r.d n. 54 del 21 gennaio 2005 modifica il regolamento di esecuzione della legge, definendo chiaramente il novero dei

²⁰¹E.A. CONDE, *Stato di diritto e terrorismo, il caso spagnolo*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006.

soggetti in capo ai quali sorgono gli obblighi di attuare quanto previsto dalla normativa di prevenzione del riciclaggio di capitali, le operazioni da realizzare e l'identificazione degli ordinanti e dei beneficiari, e, alcune misure concrete come l'ordine del Ministero dell'Economia N.2963 del 20 settembre 2005, disciplinano l'organo centralizzato di prevenzione di riciclaggio dei capitali, identificato nel Consiglio generale del notariato.

Dopo l'attentato di Madrid dell'11 marzo 2004, anche a seguito del cambiamento politico conseguente alle elezioni del successivo 14 marzo, sono state varate nuove disposizioni destinate a rafforzare l'organico dei servizi informativi della *Guardia Civil* e del Corpo Nazionale di Polizia, il coordinamento delle indagini (mediante l'istituzione di un *Centro Nacional de Coordinacion Antiterrorista*) nonché misure di solidarietà nei confronti delle vittime²⁰².

Tale legislazione non presenta carattere emergenziale. I provvedimenti in questione non hanno infatti inciso in modo sostanziale sull'assetto dell'ordinamento giuridico spagnolo, essendo in prevalenza destinati a dare attuazione alle disposizioni

²⁰²Real Decreto 419/2004 dell'11 marzo, *por el que se declara luto officia con motivo de los atentados terrorista perpetrados en Madrid el día 11 de marzo de 2004. LEY 1/2004, de 24 de mayo, de ayuda a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autonoma Valenciana. Real Decreto 6/2006*

contenute nella Ris. 1373/2001 delle Nazioni Unite ed alle prescrizioni dell'Unione europea.

La reazione della Spagna al fenomeno terroristico rappresenta dunque un caso "virtuoso" se paragonato ad altre esperienze di ordinamenti statuali che hanno invece optato per una drastica compressione delle libertà fondamentali dell'individuo in nome della difesa dal nemico. Ciò è dovuto, come si è visto, alla costituzionalizzazione di meccanismi emergenziali²⁰³, i quali vengono peraltro interpretati non come parte integrante del diritto di eccezione bensì come risposta puntuale e concreta del legislatore all'esigenza di lottare contro il terrorismo.

Nei primi anni di vigenza della Costituzione, si era invero optato per una legislazione a carattere eccezionale, in parte poi dichiarata illegittima dal Tribunale Costituzionale. Una volta respinta l'opzione per una legislazione eccezionale si è tornati a preferire lo strumento della legislazione ordinaria. Questa tuttavia ha talvolta assunto caratteri particolarmente restrittivi delle libertà individuali, come ad esempio la menomazione della libertà di associazione posta in essere dalla legge sui partiti politici (per la quale il sostegno al terrorismo è l'unica causa per porre fuori legge un

²⁰³ Art. 15 Cost. Spagnola

partito), alle norme che contemplano fattispecie penali scarsamente rispettose del principio di tassatività, l'inasprimento delle pene e le norme che impongono l'espiazione totale delle stesse. In questa prospettiva, il codice penale ha costituito lo strumento basilico nella lotta al terrorismo essendo questo un fenomeno criminale di elevata incidenza sociale. Tuttavia appare indubbio che il susseguirsi di modifiche allo stesso da parte del legislatore sia sempre avvenuto all'interno delle coordinate dello Stato di diritto. Coordinate che sembrano giustificare, da un punto di vista "meta-giuridico" che pene più gravi siano inflitte agli autori di reati di terrorismo rispetto agli autori di reati comuni. E difatti, la configurazione delle norme penali è pur sempre avvenuta nel pieno rispetto dei principi di proporzionalità, sicurezza giuridica e colpevolezza. Salvo le eccezioni sopra segnalate, la legislazione spagnola appare sicuramente più adatta di altre a conciliare due esigenze fondamentali: da un lato, l'approntamento di una efficace risposta al terrorismo, e, dall'altro, il mantenimento dello Stato di diritto e dei suoi principi irrinunciabili.

3.3 La “Dottrina Parot” e l’introduzione in via pretoria di misure lesive della libertà personale: cenni

Alla pari delle altre Carte fondamentali europee, anche la Costituzione spagnola contiene un’indicazione analitica dei diritti della persona, ovvero dei diritti che tutelano la persona in quanto tale. Si tratta di diritti che assicurano a tutti una sfera di autonomia essenzialmente individuale, la cui esistenza, e la conseguente protezione, è coesistente alla personalità stessa. Al termine di un lungo processo di evoluzione storico-giuridica la persona si identifica con questi stessi diritti innati e inalienabili, che ne denotano l’essenza²⁰⁴.

Il presupposto logico della tutela di tutti gli altri diritti è, in primo luogo, il riconoscimento del diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, un diritto corredato da due importanti corollari: il divieto di torture e di pene e trattamenti disumani o degradanti, e il divieto di istituzione della pena di morte salvo quanto previsto dalle leggi penali militari in tempo di guerra (art. 15)²⁰⁵.

²⁰⁴ R.B VALDES, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 2009

²⁰⁵ Con Legge Organica 27 novembre 1995 n.11 di modifica al codice penale militare, il legislatore ha provveduto ad abolire la pena di morte in tempo di guerra. Quello presente è dunque il primo periodo della storia spagnola nel quale la pena di morte sia stata totalmente abolita

I diritti alla libertà personale e alla sicurezza riconosciuti all'art. 17 sono molto più che semplici diritti soggettivi: ciò perché nella pratica il loro effettivo rispetto esige indefettibilmente il riconoscimento di una compatta sfera protetta dell'individuo. Il diritto alla libertà, configurato in Costituzione quale diritto limitabile dal solo legislatore (poiché nessuno può essere privato della stessa se non in base alla Costituzione e nei casi e con le forme stabilite dalla legge) e il diritto alla sicurezza forniscono così una serie di garanzie costituzionali di fronte a diversi strumenti giuridici che potrebbero restringerli o metterli a rischio: in primo luogo le garanzie temporali per la detenzione preventiva, che " non può durare più del tempo strettamente necessario per gli accertamenti volti a chiarire i fatti", dovendosi comunque porre in libertà o a disposizione della autorità giudiziaria il detenuto entro le 72 ore; in secondo luogo, le garanzie materiali per le persone detenute che devono essere informate immediatamente e in modo comprensibile dei propri diritti e delle ragioni della detenzione, che non possono essere obbligate a fare dichiarazioni e che hanno diritto alla assistenza di un avvocato nelle indagini di polizia e giudiziarie secondo quanto stabilito dalla legge; in terzo e ultimo luogo, la garanzia dell'*habeas corpus*, un procedimento destinato a

produrre l'immediata messa a disposizione dell'autorità giudiziaria di ogni persona detenuta illegalmente, e l'obbligo per il legislatore di stabilire la durata massima della carcerazione preventiva, vale a dire quella subìta prima della condanna a seguito di sentenza giudiziaria.

Strettamente funzionale alla garanzia di effettività di questi diritti è il vasto complesso di principi, garanzie e diritti processuali ricompresi sotto la rubrica di "diritto alla giustizia" enunciati dagli artt. 24 e 25. Il diritto alla giustizia si manifesta innanzitutto nel diritto alla giurisdizione: "Tutti hanno diritto a ottenere la tutela giudiziale effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei propri diritti e interessi legittimi, non potendo in alcun caso restare senza difesa" (art. 24 c.1). A sua volta il diritto alla giurisdizione si traduce in una connessa serie di diritti e di garanzie: tutti hanno diritto al giudice ordinario precostituito per legge, un diritto che osta all'istituzione di tribunali eccezionali (art. 117) e i tribunali d'onore nell'ambito dell'amministrazione civile e delle organizzazioni professionali (art. 26), alla difesa e all'assistenza di un avvocato, a essere informato delle accuse formulate, a un processo pubblico, rapido e con ogni garanzia, a utilizzare nella propria difesa i mezzi

di prova pertinenti, a non fare dichiarazioni suscettibili di generare un'autoincriminazione e a non dichiarare la propria colpevolezza.

L'ambito di protezione dell'art. 24 si completa con la proclamazione del principio di legalità penale, secondo il quale nessuno può essere condannato o punito per azioni o omissioni che, nel momento in cui sono state compiute, non costituivano delitto, contravvenzione o infrazione amministrativa (art. 25 c.1), con il divieto per l'amministrazione civile di imporre sanzioni che direttamente o indirettamente comportino la privazione della libertà (art. 25 c.3), e con l'enunciazione dei principi basilari del sistema penitenziario (art. 25 c.2). Questi ultimi sono precisamente i seguenti: le pene perseguono la rieducazione e il reinserimento sociale dei reclusi; sono vietati i lavori forzati; i carcerati godono dei diritti, salvo quelli espressamente limitati dalla sentenza di condanna, dalla natura della pena o dalla legge penitenziaria; i reclusi hanno diritto a un lavoro remunerato e ai benefici della previdenza sociale, all'accesso alla cultura e al completo sviluppo della loro personalità.

Questo complesso di garanzie procedurali e sostanziali hanno costituito un sicuro "argine" nei confronti di un potenziale ingresso

di un regime derogatorio dei diritti all'interno dell'ordinamento spagnolo. Secondo l'interpretazione prevalente²⁰⁶ inoltre, la combinazione di questi principi escluderebbe la possibilità per il legislatore ordinario di introdurre la pena dell'ergastolo nell'ordinamento. Tuttavia la sentenza del *Tribunal Supremo* del 28 febbraio 2006 sembra aver introdotto la possibilità di introdurre in via pretoria l'irrogazione di un "ergastolo camuffato", la cui applicazione appare per lo più dettata da esigenze general-preventive nei confronti del fenomeno terroristico. Difatti, il principio giurisprudenziale che si ricava dalla sentenza è destinato ad operare in maniera pressoché esclusiva nei confronti dei detenuti accusati di reati di terrorismo, appartenenti specialmente alle organizzazioni sovversive basche. Il Codice penale del 1973 contemplava una pena massima tra i 20 e i 30 anni con la possibilità di liberazione anticipata ricorrendo alcuni motivi tassativamente elencati (carcere sofferto, lavoro ecc.). Il Codice penale del 1995 portò definitivamente il periodo massimo di detenzione a 30 anni ed abrogò tutti i meccanismi che consentivano la liberazione anticipata. Il periodo massimo di detenzione fu poi portato a 40 anni nel 2003, quale risposta del

²⁰⁶R.B VALDES, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 2009

governo ad una crescente domanda sociale di protezione dal fenomeno del terrorismo. I detenuti condannati nella vigenza del codice anteriore si videro, tra il 1995 e il 2006, salvaguardate le riduzioni di pena maturate, finché l'organo al vertice del sistema giurisdizionale spagnolo ha statuito, con la sentenza sopra citata, che le riduzioni dovranno applicarsi alla totalità delle condanne irrogate (centinaia di anni nel caso di alcuni condannati per delitti di terrorismo) e non al limite massimo di 30 anni previsto dalla legislazione pre-vigente. Le garanzie previste risultano dunque per risultare inoperanti in virtù di una vera e propria applicazione retroattiva della legge penale. Questa interpretazione della successione di norme penali nel tempo è nota ai giuristi spagnoli come "dottrina Parot", in riferimento a Unai Parot, ex affiliato dell'ETA e primo detenuto a cui è stata applicata. La "dottrina Parot" ha comunque avuto vita breve: essa è stata espunta dall'ordinamento da una sentenza interpretativa del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza 57/2008). La sentenza introduce la "dottrina del doppio conteggio delle sanzioni penali". Secondo questa dottrina il tempo trascorso da un detenuto in custodia deve essere detratto dalla somma di tutte le condanne irrogate, pena la violazione dell'art. 17 c.1 della Costituzione in tema di libertà

personale. Per quanto concerne il cumulo delle pene, l'organo di giustizia costituzionale ha statuito che: "la relazione tra la situazione di carcerazione provvisoria da una parte e la situazione di condanna definitiva dall'altra, è una situazione relativamente frequente nella realtà e non è passato inosservato al legislatore, cui spetta regolare la detrazione del tempo speso in stato di privazione di libertà provvisoria e l'espiazione della pena per la stessa causa (art.58 c.1 c.p). Da un'interpretazione delle norme che si conformi ad una maggiore efficacia possibile dei diritti fondamentali, e di una corrispondente interpretazione restrittiva dei suoi limiti, discende che la mancata previsione di norme derogatorie dell'art. 58, concernenti situazioni eccezionali non previste da quella fattispecie osti a che si introduca un diverso computo della sommatoria dei periodi detentivi non previsto dal legislatore". Con la sentenza del *Tribunal Constitucional* del 2008 l'ultimo residuo giuridico che sembrava trovare la sua fonte in una sorta di "necessità di difesa sociale" piuttosto che nell'ordinamento costituzionale appare definitivamente contraddetto dai principi fondamentali dello Stato di diritto ribaditi in Spagna, come negli Stati Uniti e nel Regno Unito, dall'autorevolezza dei massimi organi giurisdizionali.

CONCLUSIONI

Il problema del bilanciamento tra la libertà e sicurezza ha costituito il *leit motiv* di questa trattazione. Nello specifico, si è visto come i diversi ordinamenti oggetto di studio abbiano dato soluzioni differenti al problema del bilanciamento e della dialettica tra i due beni di rilevanza costituzionale. Dopotutto, che la rilevanza costituzionale del terrorismo e delle misure con cui contrastarlo costituisca oggi una delle principali problematiche degli ordinamenti costituzionali contemporanei a forma di Stato liberaldemocratica, venendo ad affiancarsi, con maggiore impatto e problematicità, alle più tradizionali e risalenti discussioni sulla rilevanza costituzionale della guerra, è costatazione difficilmente smentibile.

Pur non essendo il terrorismo né l'unico pericolo che superi ampiamente la capacità di intervento dei singoli ordinamenti

giuridici statali e che ponga conseguentemente il problema di una risposta non esclusivamente nazionale, nè l'unica situazione per il cui contrasto si pongano problematiche di tutela dei diritti fondamentali della generalità dei consociati, esso si presenta con caratteri peculiari, naturalmente più marcati dopo l'11 settembre 2001 e l'avvento del cosiddetto terrorismo globale.²⁰⁷

La sua peculiarità, infatti, sta nell'erosione dei confini delle distinzioni tra interno ed esterno, statale e internazionale, pace e guerra, civile e militare. Persino il limite "naturale" connesso alle situazioni e agli stati di emergenza, tale da invalidare misure ingiustificatamente protratte nel tempo, e comunque una volta cessata l'emergenza,²⁰⁸ perde spessore in presenza di un'"emergenza infinita" in "times of stress"²⁰⁹, che rende meno irrealistica la comparazione tra combattimento e qualunque contesto

²⁰⁷R.BALDUZZI, *Introduzione: la difficile ricerca di uno standard di compatibilità costituzionale degli strumenti di contrasto del terrorismo globale*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009

²⁰⁸Si veda paradigmaticamente la sentenza n.15 del 1982 della Corte costituzionale

²⁰⁹M.ROSENFELD, *Judicial balancing in time of stress, La risposta di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla "guerra al terrore"* in *Democrazia e terrorismo*,(a cura di) T.GROPPI, Napoli, 2006 cfr. Pp. 121 e ss.

sociale minaccioso, tradizionalmente esclusa tanto in sede sociologica quanto in sede giuridica²¹⁰.

Si comprendono pertanto le difficoltà di un inquadramento giuridico del fenomeno e della sua convivenza con i fondamenti dello Stato costituzionale di diritto, a partire dalla stessa definizione armonizzata dei reati di terrorismo, accresciuta dalla circostanza che la guerra terroristica non si istaura necessariamente tra Stati, ma che la guerra al terrore, pur potendo contare su appoggi o connivenze da parte di Stati membri dell'ordinamento giuridico internazionale, si presenta come organizzazione multinazionale di privati che opera a livello globale.

Alla soluzione di tali difficoltà concorrono, con impegno crescente, parlamenti e governi, organizzazioni sovranazionali e internazionali, definendo strumenti di inquadramento giuridico e standard condivisi di compatibilità costituzionale, sopranazionale e internazionale, volti a impedire che modelli di intervento normativo e giurisprudenziale originati da una forte preoccupazione securitaria e miranti a proteggere la collettività dall'azione di minoranze criminali, diventino modelli di limitazione

²¹⁰R.BALDUZZI, *Introduzione: la difficile ricerca di uno standard di compatibilità costituzionale degli strumenti di contrasto del terrorismo globale*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009 cfr. P. 1

delle posizioni giuridiche soggettive applicabili senza limiti temporali ben determinati e prescindendo dal nucleo di tutela dei diritti fondamentali, pervenendo alla riduzione delle garanzie (anche di tutela giurisdizionale) di soggetti, prevalentemente stranieri, secondo quell'orientamento comunemente definito come "normalizzazione dell'emergenza".²¹¹

Le tecniche comparatistiche evidentemente svolgono un ruolo di primo piano nella definizione di siffatti standard condivisi, sia per quanto attiene alla ricognizione dei differenti assetti ordinamentali e delle scelte in ciascuno prevalenti, sia come "rivelatori del diritto", ove l'assenza di una compiuta disciplina in un dato ordinamento sia superabile ricorrendo alle prescrizioni espresse di ordinamenti aventi il medesimo principio informatore.

Quanto alle scelte adottate dai differenti ordinamenti, si rileva una loro tendenziale convergenza intorno ad alcuni tratti comuni, variamente interpretati e precisati a livello dei singoli Stati attraverso istituti e strumenti differenziati (detenzione a tempo indefinito dei sospetti di terrorismo, deroghe alla normativa generale in tema di intercettazione, inasprimento della disciplina

²¹¹R.BALDUZZI, *Introduzione: la difficile ricerca di uno standard di compatibilità costituzionale degli strumenti di contrasto del terrorismo globale*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009 cfr. P. 1 e ss.

sull'espulsione di stranieri sospetti, indebolimento delle garanzie giurisdizionali).

Inoltre la convergenza tra gli ordinamenti che hanno deciso di dotarsi di istituti, strumenti e procedure *ad hoc* e ordinamenti che hanno innestato contenuti normativi speciali in istituti e strumenti ordinari, è testimoniato dal ruolo assunto nei primi dalla giurisprudenza nei primi, la quale non ha mancato di elaborare opportuni *test* di compatibilità. Paradigmatico è l'esempio fornito dall'ordinamento britannico, ove le corti, si è visto, hanno operato una sorta di bilanciamento tra esigenze "costituzionali" ed esigenze di sicurezza che, ancorché attento e "deferente" rispetto alle scelte del legislatore, si discosta nettamente dalla tradizione del Regno Unito e ben può essere considerato come un riflesso di una più vasta dinamica dell'ordinamento britannico.²¹²

Ci si può allora chiedere se, accanto a taluni criteri e metodologie comuni nella regolazione delle situazioni di prevenzione e repressione del terrorismo che si sono da tempo affermati nella normativa costituzionale, legislativa e internazionale, sia possibile individuare anche uno standard condiviso, un test essenziale di

²¹²R.BALDUZZI, *Introduzione: la difficile ricerca di uno standard di compatibilità costituzionale degli strumenti di contrasto del terrorismo globale*, in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009 cfr. P. 1 e ss.

compatibilità costituzionale delle misure e degli interventi genericamente riassumibili come “diritto dell'emergenza terroristica”. I tratti comuni presenti nei diversi ordinamenti sono costituiti da: il riconoscimento dell'emergenza quale criterio legittimante di trattamenti giuridici differenziati con il suo *pendant* costituito dal principio di proporzionalità tra la misura adottata e gli scopi da raggiungere, il rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali e, in particolare, di quello alla tutela giurisdizionale, la prova, al di là di ogni ragionevole dubbio, che si è in presenza di comportamenti riconducibili alla categoria dell'abuso del diritto.

Su queste basi si può allora provare a costruire uno standard minimo, così riassumibile: posto che l'obiettivo sia tale da giustificare l'esercizio di un potere derogatorio, occorre verificare: 1) la ragionevolezza del collegamento tra deroga e obiettivo; 2) la sua stretta proporzionalità, nel senso specifico che la deroga introdotta sia la più ristretta possibile; 3) la sua limitazione temporale, nel senso di una transitorietà la più contenuta possibile; 4) ove la condizione 3) non sia praticabile, dovrebbe essere almeno assicurata una garanzia per equivalente del bene sacrificato; 5) che non vi sia alcuna incisione in ordine al nucleo essenziale della dignità umana.

Muovendo dal pensiero di Hobbes è possibile affermare che l'uomo tenda alla sicurezza, in nome della quale talvolta, si è dimostrato disposto a sacrificare la propria libertà. L'affermazione della sicurezza può realizzarsi mediante l'acquisizione diretta del potere, ovvero, come normalmente accade, demandando tale acquisizione allo Stato che, nel diventare produttore di sicurezza, al contempo, consolida e rafforza il proprio potere. Gli eventi dell'11 settembre hanno confermato tale assioma, riproponendo in modo violento, al mondo l'esigenza di una nuova sicurezza.²¹³

L'occidente si è quindi trovato costretto ad adottare nuove politiche nazionali e nuovi strumenti giuridici destinati a rafforzare la sicurezza anche a scapito di alcune libertà fondamentali. In taluni Paesi di antica tradizione democratica, la nuova normativa è stata considerata "liberticida" e ripetutamente sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale.

Negli ordinamenti giuridici improntati alla rigida osservanza dei principi dello stato di diritto, la possibilità di limitare talune libertà fondamentali, non può prescindere da una preventiva autorizzazione contenuta nella carta costituzionale o dal confronto con i dettami di quest'ultima.

²¹³T.GROPPI, *Democrazia e Terrorismo*, Napoli, 2006

In altri Stati la nuova legislazione antiterrorismo si è limitata ad incrementare la presenza di “zone d’ombra” idonee a consentire uno “spazio di manovra” operativo collocato al confine tra lecito ed illecito, senza alterare, quanto meno formalmente, il delicato rapporto tra legislazione emergenziale e diritti civili.

Il pensiero giuridico e politico occidentale è conscio, dopotutto che lo Stato di diritto per sopravvivere, deve convivere con le esigenze della sicurezza nazionale.

In altri paesi ancora, caratterizzati da una presenza costante del fenomeno terroristico, l’ordinamento giuridico non ha invece subito modifiche di carattere sostanziale, essendo già prevista nella carta costituzionale, la possibilità di sospendere taluni diritti nei confronti degli appartenenti a organizzazioni terroristiche o eversive.

Nel mondo occidentale i nuovi impianti giuridici hanno dovuto inoltre confrontarsi con gli obblighi internazionali assunti da ciascun paese, in condizioni di normalità, con la ratifica di taluni strumenti convenzionali a carattere universale o regionale quali la “Dichiarazione Universale dei Diritti dell’uomo” del 10 dicembre 1948, il “Patto internazionale relativo ai Diritti civili e politici” del

19 dicembre 1966, la “Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti” del 10 dicembre 1984 e la “Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” (CEDU) del 4 novembre 1950.

Strumenti che, pur consentendo agli Stati di adottare misure derogatorie in caso di guerra o di altro pericolo pubblico, escludono tassativamente ogni limitazione del diritto alla vita, al divieto di torture e trattamenti disumani e degradanti, al divieto di riduzione in schiavitù, al principio di tipicità delle fattispecie penali e al divieto di retroattività della legge penale. Come si è visto, l’unico Stato ad avvalersi della facoltà di denunciare, dopo l’11 settembre, la deroga relativa ai termini e alle condizioni di arresto e detenzione degli stranieri sospettati di terrorismo ai sensi dell’art. 15 della CEDU, è stato il Regno Unito. Con riferimento alla possibilità di sospendere alcuni diritti in ragione delle esigenze derivanti dalla lotta al terrorismo, la Corte europea di Strasburgo ha ritenuto, comunque, inderogabile la presenza di taluni elementi quali il carattere inevitabile della sospensione data l’inefficacia degli ordinari rimedi giuridici, la garanzia del diritto di difesa, il controllo giurisdizionale delle misure adottate (soprattutto con riferimento alle misure restrittive della libertà personale)

l' informativa agli organi previsti dalla Convenzione ed il possibile controllo delle misure adottate da parte della Corte.

Negli ordinamenti previamente considerati si è visto come in alcuni casi, la presenza di una costituzione scritta che disciplini analiticamente i principi dello Stato di diritto, abbia reso impossibile l' ingresso di norme di legge ordinaria che neghino quegli stessi principi (Spagna) mentre in altri casi, la presenza di una Costituzione parimenti scritta e rigida (Stati Uniti) non ha costituito un' effettiva garanzia nei confronti degli arbitrii dell' esecutivo, i quali hanno condotto ad un progressivo svuotamento di quelle disposizioni poste a garanzia dei diritti fondamentali. Nel Regno Unito, invece, il Parlamento ha dato prova di essere restio a sentirsi vincolato *pro futuro* da disposizioni che pure aveva concorso ad emanare, come lo *Human Rights Act*.

In tutti gli ordinamenti considerati un ruolo di stabilizzazione del sistema è stato comunque assunto dalle Corti, sia che esse abbiano agito nella veste di organi occasionalmente deputati ad assicurare il rispetto della Costituzione (*U.S Supreme Court*), al vertice dell' ordinamento giudiziario (*Law Lords*), oppure istituzionalmente

preposti alla verifica della costituzionalità delle norme di legge ordinaria (*Tribunal Costitucional*).

Il filo conduttore delle eterogenee risposte date dai vari ordinamenti all'emergenza del fenomeno terroristico è dunque consistito in un ruolo di *judicial balancing* delle Corti, teso a risolvere il confronto dialettico tra libertà e sicurezza quando, in situazioni di eccezionalità, ci si trovi di fronte alla contrapposizione tra diritti individuali e rilevanti obiettivi sociali. Nei periodi di crisi l'operazione di bilanciamento diventa tuttavia problematica e altamente controversa. Volendo citare un modello analitico-esplicativo elaborato da un giurista americano²¹⁴, tutti i paesi presi in considerazione si sono trovati nelle condizioni di elaborare un'efficace risposta all'emergenza terroristica in condizioni di *stress* piuttosto che di crisi. La condizione di *stress* si colloca in una posizione mediana tra lo stato di normalità e una situazione di crisi. Dunque nessun paese, e neanche gli Stati Uniti, si sarebbero trovati ad affrontare una minaccia così grave da mettere in pericolo l'integrità dell'ordinamento e l'esistenza della nazione. Se si accoglie questo assioma, e se si accoglie che la necessità possa

²¹⁴M.ROSENFELD, *Judicial balancing in time of stress, La risposta di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla "guerra al terrore"* in *Democrazia e terrorismo*,(a cura di) T.GROPPI, Napoli, 2006

costituire una fonte del diritto, seppure *sui generis*, allora bisogna concludere che gran parte della normativa adottata da Stati Uniti e Gran Bretagna risulta ingiustificata alla luce dei presupposti fattuali. Il dibattito giuridico statunitense²¹⁵ ha elaborato tre diverse opzioni per ricomporre i conflitti tra libertà e sicurezza: 1) *executive unilateralism*, che promuove la piena discrezionalità del potere esecutivo senza che sia previsto alcun tipo di controllo da parte di altri poteri; 2) il *civil libertarian maximalism* che prevede l'applicazione degli stessi criteri di *judicial balancing* in periodi di crisi e in situazioni di normalità; 3) il *process-based institutional approach* che richiede un'azione coordinata tra Presidente e Congresso. L'ipotesi di cui a punti 1) e 3) non contemplano l'intervento del *judicial balancing* e, nello specifico, l'ipotesi 1) non prevede alcun tipo di bilanciamento in assoluto, mentre il caso 3) si basa su un modello di *balancing* di tipo non giurisdizionale bensì su una mera applicazione del meccanismo di *checks and balances* che ispira i rapporti tra Legislativo ed Esecutivo.

Il ricorso all'opzione 2) non sembra opportuna nell'ambito di un contesto di crisi, visto che pare illogico che le libertà debbano

²¹⁵M.ROSENFELD, *Judicial balancing in time of stress, La risposta di Stati Uniti, Gran Bretagna e Israele alla "guerra al terrore"* in *Democrazia e terrorismo*, (a cura di) T.GROPPI, Napoli, 2006

essere garantite e tutelate nella stessa misura, sia quando la sopravvivenza della nazione sia in pericolo che in condizioni di normalità. Quando ci si trova in situazioni di *stress* l'atteggiamento delle istituzioni muta a seconda che le differenze tra le situazioni di normalità e quelle di crisi vengano considerate in termini quantitativi piuttosto che qualitativi. Le decisioni elaborate negli Stati Uniti e nel Regno Unito sono state il prodotto di *judicial balancing*, ma alcune di esse sono accompagnate da opinioni di maggioranza e *dissenting opinions* fondate su approcci categorici. Inoltre, alcuni dei giudici coinvolti hanno fatto riferimento a questioni controverse che emergono in situazioni di crisi, diverse da quelle che rilevano in condizioni di *stress* e in situazioni di normalità.

In situazioni di crisi, sia essa militare, economica, sociale o naturale, il capo del Governo può essere autorizzato a rivendicare il ricorso a poteri eccezionali e a sospendere i diritti costituzionali, compresi i diritti politici. Nel caso di una grave crisi l'ordinamento istituzionale si concentra sulla sopravvivenza e tutte le altre questioni e gli obiettivi politici passano in secondo piano. Al contrario, in periodi di normalità, l'ordinamento può senz'altro assorbire l'impatto nel dibattito della politica quotidiana e i diritti costituzionali

dovrebbero essere protetti al massimo grado. Il confine tra l'ipotesi di *stress* e la situazione di crisi è difficile da delineare; tuttavia è sicuro che nella prima ci si trova di fronte ad una minaccia di minor gravità, intensità e durata rispetto alla seconda. La distinzione fra situazioni di normalità, crisi e *stress* può essere ulteriormente messa a punto alla luce di una concezione pluralista dello Stato, secondo cui la politica appare come un continuo confronto fra se stessi e gli altri. In uno Stato pluralista, gruppi diversi, etnici, religiosi o ideologici, e interessi diversi competono per il potere e per il beni politici scarsi. In situazioni normali questi conflitti non minacciano l'unità dello Stato e trovano una soluzione, o perlomeno una limitazione, all'interno del quadro costituzionale, istituzionale e politico esistente. Le situazioni di crisi si hanno quando l'identità comune o la stessa sopravvivenza dello Stato sono in imminente pericolo. La causa del pericolo può essere esterna, come nel caso di un conflitto internazionale, o interna, come nell'ipotesi di una guerra civile o di una violenta secessione. Nei periodi di crisi, la concezione del bene proprio o degli altri è così poco integrata e mal conciliabile entro lo Stato che tutte le soluzioni istituzionali per risolvere il conflitto fra sé e gli altri sono, per l'uno o per l'altro, profondamente inadeguate, insoddisfacenti

e ingiuste. Nelle situazioni di *stress* si registra un grado minore di conciliazione e integrazione delle diverse concezioni di quel che è considerato giusto. L'individuo e la collettività, rispetto ai periodi di normalità, sono meno propensi a considerare i processi istituzionali di risoluzione dei conflitti come giusti ed equi. L'identità o l'unitarietà del comune sentire che dovrebbe tenere insieme la comunità non è disintegrata, ma risulta destabilizzata e sottoposta a molteplici pressioni. Il terrorismo e la lotta al terrore sembrerebbero ricadere in quest'ultimo paradigma. Il pericolo generato dal terrorismo è certamente meno imminente e meno intenso di quello generato da una guerra interna o internazionale; come scriveva Lord Hoffman nella sentenza *A(FC)*: "Il Regno Unito è una nazione che ha fronteggiato situazioni di immane gravità, sopravvivendo alla distruzione e alla morte. Pur non sottovalutando la capacità di gruppi fanatici di uccidere e distruggere, non si ritiene che essi minaccino la vita della nazione del suo complesso. Che saremo riusciti a sopravvivere a Hitler non era affatto certo, ma non c'è dubbio che sopravviveremo ad *Al Qaeda*. Gli spagnoli non hanno detto che ciò che era accaduto a Madrid, per quanto fosse un orrendo crimine, abbia messo a repentaglio la vita della nazione. La violenza del terrorismo, per

quanto seria, non minaccia le nostre istituzioni di governo o la nostra esistenza come comunità civile”.

BIBLIOGRAFIA

Ackerman B., *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, Meltemi, 2005;

Bassu C., *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*,

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; Benazzo A., *Il caso Hamdan: un'altra lezione della Corte Suprema statunitense sul principio dei checks*

and balances, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1566 ss.;

Benazzo A., *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino,

Giappichelli, 2004; Beard J. M.

The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations, in *American Journal of International Law*, 2007, 56 ss.;

Bonini C., *Guantanamo. USA, viaggio nella prigione del terrore*, Torino, Einaudi, 2004; Bradley C. A.,

Goldsmith J. L., *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, in *Harvard Law Review*, 2005, 2047 ss.;

Buonomo G., *L'ordinamento giuridico internazionale dopo Guantanamo*, in *Questione giustizia*, 2/2005, 311 ss.;

Buonomo G., *Il diritto straniero e la Corte suprema statunitense*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 281 ss.;

Cerqua F., *Profili processuali della legislazione antiterrorismo U.S.A.: brevi cenni*, in *Cassazione penale*, 2006, 1948 ss.;

De Franciscis M. E., *In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantanamo: la ragion di Stato e le garanzie processuali negli U.S.A.*, in *Rassegna Parlamentare*, 2005, 427 ss.;

Fabiano L., *Garante dei diritti e giudice dei poteri: il doppio volto della Corte Suprema nelle sentenze "Guantanamo"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 104 ss

Fanchiotti V., *Il dopo 11 settembre e l'Usa Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"*, in *Questione giustizia*, 2 – 3/2004, 283 ss.;

Frosini T. E., *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 1645 ss.;

Fitzpatrick J., *Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism*, in *American journal of international law*, 2002, 345 ss

Frosini T. E. e Bassu C., *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. Di Giovine (cur.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005, 75 ss.;

Golose D., *United States: The Bush administration's "war on terrorism" in the Supreme Court*, in *Internazionale Journal of Constitutional Law*, 2005, 128 ss.;

Gross E., *Trying Terrorists: Justification for Differing Trial Rules: The Balance Between Security Considerations and Human Rights*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 2002, 1 ss.;

Jinks D. e Sloss D., *Is the President Bound by the Geneva Conventions?*, in *Cornell Law Review*, 2004, 97 ss.;

Magliaro L., *La liberta delle persone dopo l'11 settembre*, in *Questione giustizia*, 2 – 3/2004, 314 ss.;

Matheson M. J., *The Amendment of the War Crimes Act*, in *American Journal of International Law*, 2007, 48 ss.;

Miraglia M., *Paura e liberta (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in *Questione giustizia*, 2 – 3/2004, 298 ss.;

Murphy R., *Prisoner of War Status and the Question of the Guantanamo Bay Detainees*, in *Human Rights Law Review*, 2003, 257ss.;

Murphy S. D., *Ability of the Detainees in Cuba to Obtain Federal Habeas Corpus Review*, in *American Journal of International Law*, 2004, 188 ss.;

Napoletano M., *La posizione giuridica dell'enemy combatant dinanzi alle corti, ai tribunali e alle altre istanze giurisdizionali degli Stati Uniti*, in *Comunita internazionale*, 2007, 131 ss.;

Ratner M., *Moving Away from the Rule of Law: Military Tribunals, Executive Detentions and Torture*, in *Cardozo Law Review*, 2003, 1513 ss.;

Sassoli M., *The status of persons held in Guantanamo under International Humanitarian law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 96 ss.;

Sciso E., *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, 111 ss.;

Shelton D., *The Legal Status of the Detainees at Guantanamo Bay: Innovative Elements in the Decision of the Interamerican Commission on Human Rights of 12 March 2002*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, 312 ss.;

Spiro P.J., *Hamdan v. Rumsfeld: U. S. Supreme Court Decision on Legality of Military Commissions Established by President Bush*, in *American Journal of International Law*, 2006, 888 ss.;

Stoelting D., *Military Commissions and Terrorism*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2003, 427 ss.;

Tamburrini V., *Un giudice federale dichiara incostituzionale una parte del Patriot Act*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 835 ss.;

Tondini M., *Hamdan v. Rumsfeld. Se il diritto si svuota di contenuti*, in *Diritto di critica*, 2006, 38 ss.; Vagts D. F., *Military Commissions: A Concise History*, in *American Journal of International Law*, 2007, 35 ss.;

Vàzquez C. M., *The Military Commissions Act, the Geneva Conventions, and the Courts: A Critical Guide*, in *American Journal of International Law*, 2007, 73 ss.

Baldaccini A., *Public Emergency in the United Kingdom after 11 September: a New Challenge to the Asylum and Treatment of Aliens*, in A. de Guttry(cur.), *Oltre la reazione: Complessità e limiti nella guerra al terrorismo internazionale dopo l'11 settembre*, Pisa, ETS, 2003, 23 ss.;

Barnum D. G. *Indirect Incitement and Freedom of Speech in Anglo – American Law*, in *European Human Rights Law Review*, 3/2006, 258 ss.;

Bassu C., *I Law Lords ritengono illegittime le misure antiterrorismo del Governo Blair*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 121 ss.;

Bassu C., *Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo: una comparazione angloamericana*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 467 ss.;

Bonner D., *Checking the executive? Detention without trial, control orders, due process and human rights*, in *European Public Law*, 2006, 45 ss.;

Bonner D., *Responding to Crisis: Legislating Against Terrorism*, in *Law Quarterly Review*, 2006, 602 ss.;

Clayton R., *The Human Rights Act Six Years On: Where Are We Now*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, 11 ss.;

Cohn M., *Judicial Activism in the House of Lords: A Composite Constitutionalist Approach*, in *Public Law*, 2007, 95 ss.;

Colarossi D., *La difficile convivenza tra regimi emergenziali e diritto di espressione: le ultime misure predisposte dal Governo di Tony Blair contro le*

minacce del terrorismo, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1214 ss.;

Crestani R., *Stati di eccezione, misure anti – terrorismo e tutela dei diritti umani. Il caso degli Stati Uniti e della Gran Bretagna dopo l'11 settembre 2001*, in *Pace diritti umani*, 3/2005, 69 ss.;

De Sanctis F., *La deroga del Regno Unito alla Convenzione europea nell'ottica della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2003, 641 ss.;

Elliott M., *Detention without trial and the "war on terror"*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 553 ss.;

Evans M. D., *'All the Perfumes of Arabia': The House of Lords and 'Foreign Torture Evidence'*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, 1125 ss.;

Feldman D., *Human rights, terrorism and risk: the roles of politicians and judges*, in *Public Law*, 2006, 364 ss.;

Happold M., *The Detention of Al Qaeda Suspects at Guantanamo Bay: United Kingdom Perspectives*, in *Human Rights Law Review*, 2004, 57 ss.;

Hardiman – McCartney A., *Controlling control orders: Article 5 ECHR and the Prevention of Terrorism Act 2005*, in *Cambridge Law Journal*, 2007, 6 ss.;

Henning V. H., *Anti – Terrorism, Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation From the European Convention on Human*

Rights?, in *American University International Law Review*, 2002, 1263 ss.;

Hunt A., *Criminal prohibitions on direct and indirect encouragement of terrorism*, in *Criminal Law Review*, 2007, 441 ss.;

Pennicino S., *Approvato l'Identity Cards Act 2006*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 1113 ss.;

Shah S., *The UK's Anti – Terror Legislation and the House of Lords: The Battle Continues*, in *Human Rights Law Review*, 2006, 416 ss.;

Shah S., *The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: The First Skirmish*, in *Human Rights Law Review*, 2005, 403 ss.;

Thienel T., *The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, 349 ss.;

Tondini M., *Misure di sicurezza antiterrorismo. Leggi speciali e prevenzione del terrore nel Regno Unito*, Trento, Centro italiano studi per la pace, 2005, <http://files.studiperlapace.it/docs/20060305133921.pdf>;

Vierucci L., *Il caso Abbasi: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti al giudice inglese*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, 911 ss.;

Warbrick C., *Introductory note to United Kingdom (U.K.) Supreme Court of Judicature – Court of Appeal (Civil Division): Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, in *International Legal Materials*, 2003, 355 ss.;

Walker C., *Clamping Down on Terrorism in the United Kingdom*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 1137;

Walker C., *The legal definition of "terrorism" in United Kingdom law and beyond*, in *Public Law*, 2007, 331 ss.;

Walker C., *The treatment of foreign terror suspects*, in *Modern Law Review*, 2007, 427 ss.;

E.A. CONDE, *Stato di diritto e terrorismo, il caso spagnolo*, in *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006;

R.B VALDES, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 2009;

C.P BARBA MARTINEZ, *La Costitucion espanola y la seguridad*, , in *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali* (a cura di) LOSANO, CAVINO, TRIPODINA, Torino, 2009;

P.TENORIO, *Constituccion y legislacion antiterrorista*, in *RDP*, n. 71 e 72, 2008;

E.V FORURIA, *La suspension de derecho por terrorismo en el ordenamiento espanol*, Madrid, 2009 cfr. pp. 68 e s.

