



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## I TERRORISTI NON HANNO DIRITTI

---

*Riflessioni comparate in tema di diritto penale del nemico*

---

di **Saverio Setti**

IUS/02 - DIRITTO PRIVATO COMPARATO

Estratto dal n. 7/2016 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

## Prefazione

La scia di sangue che ha insanguinato l'Europa, cagionando la morte di 484 persone, dagli di Nizza del 2016, porta la firma della lotta jihadista.

Ci si è chiesti se questa situazione possa integrare lo “stato di emergenza” definito da Carl S

Certo è che le categorie e gli strumenti dell'ordinamento europeo ante 2004 si sono dimostrate inadeguate a contrastare queste sfide. Lo Stato ha bisogno non solo di nuovi congegni giuridici, ma di una nuova mentalità, soprattutto nella sua sfera più inflittiva: il diritto penale.

Fino a che punto si può spingere uno Stato di diritto per contrastare quanti quello stesso Stato distruggere? Come comportarsi davanti a chi, con spregio della vita propria e di innocenti, commette delirio di sangue?

## Uno sguardo nella prospettiva di lotta

Ruolo centrale nell'odierno dibattito in tema di diritto penale del nemico è assunto dall'ingegner Günter Jakobs, autore di diversi saggi<sup>[1]</sup> che hanno avuto fortuna sempre maggiore soprattutto dopo l'11 settembre, e che hanno avuto un importante sbocco legislativo: il § 14 (LuftSig), ovvero la legge sulla sicurezza dei voli. Si tratta di un pacchetto normativo varato e scaturito dalla serie di attentati di matrice jihadista che hanno interessato l'Occidente dall'inizio degli anni novanta, tra le polemiche, nel 2005.

Oggetto di forti contrasti è stato, si è detto, il § 14, c. 3 di questa legge che consente al Ministro della Difesa, delegata, di ordinare l'abbattimento di un qualunque aeromobile (pertanto anche un aereo civile) in circostanze concrete si possa ritenere che questo possa essere utilizzato «contro la vita umana o contro l'unico mezzo per scongiurare questo pericolo imminente»<sup>[2]</sup>.

Si tratta di una disposizione che ha un portato innovativo travolgente, poiché, a determinare il sacrificio della vita dei propri (o di altri) cittadini.

Per comprendere meglio la portata di questa norma si immagini il dirottamento di un aereo su una città molto popolata, idealtipo dell'attentato dell'11 settembre. Ebbene, da un lato abbiamo l'aereo che, ragionevolmente, vola verso la morte e dall'altro abbiamo gli abitanti della città che, ragionevolmente, vengono uccisi se nulla interviene ad interrompere il nesso causale. Così si può ritenere che l'abbattimento dell'aereo dirottato è necessario per salvare vite che non si potrebbero fare per i passeggeri dell'aereo.

Partendo da queste considerazioni, Jakobs<sup>[3]</sup> scompone la risposta sanzionatoria dello Stato r

Da un lato abbiamo i delinquenti “normali”, ovvero coloro che, pur violando una regola giuridica di norme e che pone in essere un errore riparabile. Si pensi a chi cagiona la morte di un familiare. Un delitto del genere, per quanto grave, non si pone in contrasto con la legge, contraddicendosi, viola una norma penale (art. 575 c.p.) ma vuole l’applicazione di una norma del codice civile disciplinante le successioni mortis causa. In questo caso il reo non è un nemico, ma un cittadino che rieducare attraverso la pena, funzione a questa attribuita dall’art. 27, c. 3 Cost. La pena è una contropartita alla commissione possibile del reato<sup>[4]</sup>, a riaffermare le aspettative normative de

Jackob sottolinea<sup>[5]</sup>, a margine, che se si vuole che una norma possa influire su un determinato comportamento, è necessario che i consociati tengano vicendevolmente un comportamento tale da ingenerare il rispetto della norma. L’esempio più lampante è la circolazione stradale: in tanto un soggetto si sottomette a un semaforo rosso mettendo a rischio la propria incolumità, in quanto egli riponga in altri il legittimo affidamento che il semaforo rosso. Ebbene nel momento in cui questo affidamento manca, viene erosa la funzione della norma legislativa. Difficilmente un soggetto debole, ad es., si avventurerà in una zona malfamata, dove non c’è tutela della proprietà e della persona. Quando l’aspettativa viene meno, la norma diviene inefficace nel conformare la società.

Assai diverso è il caso della seconda categoria jakobsiana di delinquenti, cioè coloro che violano la norma (in una visione giuspositivista) o l’ente superiore che garantisce le norme (in una visione giusnaturalista). Si tratta di soggetti che mettono in discussione con mezzi violenti l’intera struttura del diritto. Costoro, rifiutando il diritto, rifiutano di essere titolari di posizioni giuridiche e rifiutano quella che giuridicamente è la personalità. Scrive Jakobs: «colui che non offre un’immagine propria di una persona non solo non può sperare di essere trattato alla stregua di una persona, ma di essere così trattato dallo Stato, che altrimenti violerebbe il diritto alla sicurezza dei consociati. Il concetto stesso di imposizione statale della norma, perché qui è necessaria un’applicazione della norma, è un pericolo di danno futuro, per tre motivi: a) se il fatto minacciato venisse portato a termine e b) la contropartita penale è spesso inutile, certamente inidonea ad influire su quanti abbiano commesso il reato. L’applicazione della pena sarebbe insufficiente al ripristino del danno subito».

Ecco allora la fondamentale distinzione jakobsiana tra un diritto penale del cittadino, funzione di tutela della norma, ed un diritto penale del nemico, finalizzato a contrastare pericoli. In un periodo di forme più abiette di terrorismo, è allora necessaria una legislazione di lotta, con ai

affievolimento delle garanzie processuali.

Quest'ordine di considerazioni appare tanto più legittimo se si considera il contesto internazionale di "ordine giuridico internazionale", basato sul modello Westfalia e su una sorta di "ordine giuridico internazionale", basato sul modello Westfalia e su una sorta di stato di natura. Ebbene smentita, che esiste una sorta di corpus normativo cristallizzato nella Dichiarazione universale di tutti gli aderenti all'O.N.U., con altrettanta sicurezza si può sostenere che esistono varie zone in cui non sono rispettati. In quest'ultimo caso ogni intervento riparatore coattivo non può essere giustificato dalla Dichiarazione, ma ad istituire la vigenza delle norme sui diritti umani. Ed è ovvio che il rispetto ad un intervento effettuato in un Paese che rispetta pienamente questi diritti. Nell'uso della forza delle armi, nell'altro può essere sufficiente una sentenza di un tribunale diplomatico. Questa diversità di intervento è un riflesso della diversità di intervento internazionale.

Quanto sopra esposto non deve, però, surrettiziamente essere piegato a esigenze poliziesche. La pratica ottimale comporta che il diritto penale del nemico deve limitarsi allo stretto necessario (violenza fisica)<sup>[10]</sup>. Lo stretto necessario, in questo senso, è la privazione al terrorista di progetti. Ecco allora materializzarsi la ratio di alcune norme che vedremo (v. infra cap. 1) che diffondono contenuti terroristici.

Questo "stretto necessario" a volte può richiedere l'accettazione di danni collaterali: ne è un esempio il sacrificio della libertà di espressione, nel caso dell'aereo dirottato della vita dei passeggeri. Sguardo alla nostra Costituzione, si potrebbe basare il sacrificio di vite innocenti finalizzato altrettanto innocenti come una richiesta di «adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà». Il discorso può farsi con riferimento a vite innocenti, a maggior ragione esso trova legittimazione se la vita venga a cedere nei confronti di un terrorista, che si è autoescluso dalla comunità, nel caso di rendere innocuo l'estremista. Si pensi al caso in cui sia possibile prevenire, ad es., un attentato in una struttura ospedaliera solo attraverso un interrogatorio c.d. di terzo grado<sup>[11]</sup>. Ebbene qui le esigenze di tutela del sereno svolgersi dell'interrogatorio nei confronti di chi abbia materia di interesse di prevenzione dell'esplosione che porterebbe certamente ad una strage. È evidente che il privilegio della prima esigenza, mina alla base il dovere dello Stato di garantire la sicurezza e la

In questo senso Jakobs richiede un ripensamento a livello di teoria generale del diritto necessario che lo Stato di diritto distingua le norme da applicare al cittadino e quelle da applicare al presunto terrorista, il che è evidentemente ingiusto, poiché il diritto penale di lotta è diverso

La risposta di Jakobs alla fondamentale domanda se sia possibile il contrasto al terrorismo in uno Stato di diritto, ci dice che questa lotta è possibile, a patto che lo Stato si renda conto di dover proteggere i cittadini dai suoi nemici.

## I maggiori profili critici europei di civil law

L'impostazione di Jakobs, in materia di diritto penale del nemico ha subito critiche assai for

### La posizione tedesca

Il tedesco Kai Ambos<sup>[14]</sup> nonostante riconosca la necessità di un diritto penale “differenziato” che pongano in contrasto con la ragion d'essere del contratto sociale, non riconosce legittimità conseguentemente a quello di diritto penale del nemico.

Ambos attacca uno dei punti più deboli della teoria qui in analisi: la definizione di “nemico” che divide in due categorie: chi compie un reato “normale” (ed è solo un nemico potenziale, poiché ha in mente di commettere un reato) e il terrorista (che è nemico sicuro) non può essere applicata. In primo luogo poiché è estremamente difficile definire il concetto di “terrorista”: ben noto che definire tale chiunque si opponga anche senza ricorrere alla violenza alle scelte dell'esecutivo è estremamente difficile. In secondo luogo, la difficoltà di individuare le regole da seguire per l'applicazione del diritto penale del nemico, che inizia un processo con le regole “ordinarie” (del diritto penale del cittadino) per poi accerchiare il nemico e applicare il diritto penale del nemico, reso a questo punto inutile poiché si è già accertato il reato, o il rischio di applicare il diritto del nemico anche al cittadino. Si tratta di due scelte contrarie: la prima è la differenziazione tra i due tipi di diritto, finendo per applicarne uno solo.

Ulteriore nota critica riguarda il presupposto di applicabilità del diritto penale del nemico, che è la commissione del fatto, poiché trattasi di incriminazione del pericolo non del fatto commesso dall'autore. Se per un verso si tratta di una tecnica legislativa che ha la sua ratio nella gravità dei reati, estremamente gravi, dall'altro questa spersonalizzazione giuridica prescinde da un diritto penale del nemico, conquista di civiltà giuridica ormai irrinunciabile<sup>[16]</sup>.

La più forte critica di Ambos a Jakobs, per riassumere, sta nella pericolosità di un concetto

interno: «il discrimine tra pericolo reale e quello meramente affermato sparisce, la percezione al diritto penale del nemico, il pericolo viene affermato senza che il discorso del diritto si appoggi nella realtà»<sup>[17]</sup>.

Questi profili critici, se possono fornire una base generale di discussione e condivisione, non domanda jakobsiana in ordine alla possibilità dello Stato di difendersi dalle minacce attraverso strumenti del diritto penale del cittadino. In una prospettiva (forse idealistica) Ambos di ritorno umani, cioè una concezione del “diritto penale umanista”, che assuma come punto di partenza come valore inalienabile. Questa linea dottrinale, infine, ritiene che le esigenze di difesa insieme all’escalation terroristica possano confrontarsi con un diritto penale che giudica le conquiste giuridico- statali fondamentali: «la risposta adeguata a minacce estreme è una reazione

Ulteriori profili critici emergono dagli scritti di Hörnle<sup>[19]</sup>, che orienta la sua analisi non tanto quale omicida di massa, per il quale sarebbe astrattamente accettabile l’applicazione del diritto nasce dall’indeterminatezza del concetto di nemico. Ci si deve chiedere se questa possa essere appoggio logistico o a chi istiga o propaganda idee terroristiche. Nonostante rimproveri problemi di delimitazione del concetto di terrorismo, Hörnle, comunque gli attribuisce il merito di rotture nel nostro modo di trattare i delinquenti.

Posizione mediana è, infine assunta da Prittwitz<sup>[20]</sup>. Questi sostiene una sorta di “graduazione penale dei cittadini, uno del rischio e uno del nemico. Con piena legittimità dei primi due secondo.

In questa costruzione, il diritto penale del cittadino è il diritto applicato ordinariamente, per le garanzie costituzionali.

Il diritto penale del rischio, invece, nasce per normare lo stato di eccezione. Di fronte a situazioni di danni al tessuto sociale, è necessaria una anticipazione della tutela penale (Risikoscha) giuridici alla cerchia di quelli meritevoli di massima tutela e la punizione di atti meramente di rischio un comportamento viene criminalizzato affinché venga considerato socialmente inaccettabile il rischio di iniziare condotte preparatorie ad un atto dalla gravità irreparabile.

Se le due concezioni appena esposte sono pienamente legittime per Prittwitz, inaccettabile è quella del nemico che, a quella del rischio, aggiunge il quid pluris della spersonalizzazione. L’estremizzazione del diritto penale del rischio, perché la nozione di “non-persona” (Unpersönlichkeit) nei confronti della persona, minando alla base una delle fondamentali garanzie costituzionali ad un ordinamento evidentemente poliziesco ed ingiusto.

## La posizione spagnola

Voci ondivaghe rispetto alla teoria del diritto penale del nemico si sono levate anche dalla d

Una parte minoritaria<sup>[21]</sup> ha sostanzialmente accolto le tesi di Jakobs. Il diritto penale dovreb un lato un diritto penale del cittadino, che è considerato come persona giuridica, dunque diritto penale.

Dall'altro lato si situa il terrorista, che non è considerato una persona, nel momento in cui questa qualifica<sup>[23]</sup>, dunque è possibile una certa flessibilità nell'applicazione dei principi intesi.

La dottrina maggioritaria, tra cui Melià<sup>[24]</sup>, è fortemente critica delle posizioni di Jakobs. quali simbolico del diritto, soprattutto della sua parte più inflittiva, poiché la figura del contrasto quasi religioso<sup>[25]</sup>. Questa esclusione di uno o più soggetti dalla sfera dei cittadini se estremizzata, può portare ad considerare come "nemico" anche l'emigrante che resta r perché manca una attribuzione di un fatto determinato ma ci si orienta verso una caratterizza

Scrivendo Melià: «il diritto penale del nemico non deve esistere perché non contribuisce all dell'ordine pubblico, dei delitti»<sup>[26]</sup>. In effetti l'analisi fattuale evidenzia come, tra i molti g europei (l'ETA, le Brigate Rosse, la Rote Armee Fraktion), non ne esistano in grado di esp di una società<sup>[27]</sup>.

Anche alla dottrina spagnola non è sfuggito l'ulteriore profilo critico rappresentato dalla ma diritto penale del nemico, una garanzia schiettamente liberale, finalizzata ad escludere ipot per i meri pensieri.

La soluzione proposta da Melià ricalca quella di Ambos: la migliore risposta sul pia terroristica è la riaffermazione da parte dello Stato della normalità, della negazione dell'ecc apostasie dello status di cittadino.

E tuttavia, anche in questo caso si evita di prender in considerazione il rilevante problema qualche idoneità di contropinta della pena nei confronti di un attentatore suicida.

Estremamente critico con le posizioni di Jakobs è Conde<sup>[28]</sup>. Questi parte dal presupposto che non ammette che si possa distinguere tra cittadini e nemici, cioè non ammette criteri divers penale<sup>[29]</sup>. Se si ammette una deroga, anche solo per casi eccezionali, si deve ammette essendone l'uguaglianza una colonna portante, con conversione in un puro Diritto di Sta

penale del nemico è accostato alla legislazione nazionalsocialista, dunque nettamente rifiuta

## La posizione italiana

Una primo orientamento dottrinale italiano<sup>[31]</sup> è riduttivo della portata innovatrice del § l'abbattimento di un aereo dirottato se questo sia l'unico modo per scongiurare effetti più gr

Si è considerato, in effetti, che l'abbattimento dell'aereo dirottato è, ovviamente, un'essendo previsto alcun risarcimento del danno o indennizzo per le vittime innocenti. E tutta è contrastato da una serie di ulteriori norme contenute nello stesso LuftSiG, che pongono in una vera e propria posizione di garanzia. Dunque, pur escludendo ogni sorta di automatism all'omissione di controllo parte degli organi di sicurezza), è però ovvio pensare che se vi avvenuto nella stragrande maggioranza dei casi a seguito di un difetto di diligenza dell'aut la situazione cambia radicalmente: i passeggeri dell'aereo dirottato perderebbero la prop dolosa dei terroristi e colposa degli omettenti il controllo. In buona sostanza i passeggeri ve causa della negligenza di terzi, da cui può derivare un attentato.

Stante queste premesse, della morte degli innocenti causata per stato di necessità risponder colpevolmente contribuito a creare<sup>[32]</sup>.

A quanto detto la dottrina italiana aggiunge una critica sul giudizio di comparazione. Ci s concreto) per quale ragione la vita delle persone a bordo dell'aereo ha minori probabilità di terra, dunque può essere sacrificata? Anche accettando la risposta ovvia (perché l'aerec conseguenza del difetto di diligenza degli organi di controllo), come si può avere la ra vogliono lanciare il velivolo contro un abitato?<sup>[33]</sup>

Un secondo orientamento dottrinale italiano<sup>[34]</sup> ha invece affrontato il problema in una pr critica. Si è, in primo luogo, riconosciuto come un qualche tipo di diritto penale di lotta sia già sperimentato risposte giuridiche molto significative sia nei confronti del terrorism criminalità organizzata<sup>[35]</sup>. Caratteristica comune di questo diritto di lotta è l'anticipazion l'ampliamento del novero dei beni giuridici meritevoli di tutela penale. Proprio a seguito c nella nostra legislazione assistito ad una progressiva normalizzazione del diritto penale di l di particolare allarme sociale (pedopornografia, terrorismo, reati economici ecc.).



Ecco che il punto di rottura di Jakobs e l'oggetto di maggior critica sta nella estremizzazione per spersonalizzare il "nemico". La dottrina italiana, se da un lato ammette la necessità di prevenire il danno, dall'altro non riesce a vedere la opportunità di spersonalizzazione giuridica sono naturalisticamente estranei all'ordinamento, ovvero l'internato in Ospedale psichiatrico persona finché le "misure" che gli si applicano mirano a recuperarne la socializzazione e cura terapeutico, ovvero rieducativo o rispettoso del senso di umanità: una cosa ben diversa, invece intende Jakobs per il "binario" sanzionatorio dedicato al nemico) la funzione esclusiva di sanzioni non dialogiche, giacché questo significa negare il diritto penale della responsabilità pretesto che non sarebbero tali perché nemici dell'ordinamento»<sup>[36]</sup>.

Su queste basi si può certamente considerare legittimo un diritto penale di lotta, ammesse ipotesi di applicazione delle misure di sicurezza; b) i delitti che comportano uno stato di emergenza alla Costituzione ed alto tradimento; c) le ipotesi di delitti di guerra: si pensi all'art. 111 ricorso per cassazione per violazione di legge, tranne i casi di sentenze dei tribunali militari un intervento punitivo preventivo, ma con caratteri di stretta eccezionalità e limitatezza nel tempo.

Assai diverso è il caso del diritto penale, che la dottrina italiana «con fermezza rifiuta». (finalità di marcata neutralizzazione del nemico, anche attraverso l'esclusione con totale rieducazione e risocializzazione della pena che se possono essere comprese, poiché il nemico non sono, però, certamente affermate dall'art. 27 Cost. che riporta, al suo secondo comma, «la rieducazione del condannato». A questo va aggiunta la estrema difficoltà di precisa delimitazione rimane una categoria nebulosa.

Nella recente storia europea, in tutti in casi in cui si sia cercato di definire un nemico, autoritario. Si pensi ai provvedimenti amministrativi di Schutzhaft, che consentivano un controllo giurisdizionale, attuabili in seguito alla proclamazione dello stato di emergenza (Ausnahmezustand di Weimar.

Ad oggi si deve rilevare come rilevanti sospensioni delle garanzie statuali alla libertà ed alla dignità di fuori dell'Europa, nei campi di detenzione di Guantánamo, da parte di autorità statale trattamenti di particolare intensità fisica e psicologica nei confronti dei detenuti, in seguito all'emergenza nazionale proclamata dal Presidente Bush il 14 settembre 2001, ai sensi di legge degli Stati Uniti. Il 26 ottobre dello stesso anno è entrato in vigore il discusso<sup>[37]</sup> Patriot Act cittadino – nemico qui in analisi. In effetti in questo "pacchetto" di legge antiterrorismo di detenzione amministrativa, di compressione della privacy e della libertà di espressione e di altri diritti quali: combattenti illegali (unlawful combatants) e nemici combattenti (enemy combatants) statunitense, assai minoritaria e rappresentata da A. Dershowitz ha addirittura proposto un controllo giurisdizionale<sup>[39]</sup>, che servirebbe a limitare l'uso indiscriminato dei mezzi coercitivi ai confronti

torture dolorose, ma inidonee a comportare danni permanenti potrebbe essere utilizzato, in mancanza di informazioni vitali in caso di grave ed attuale minaccia alla vita di più persone, altrimenti no

L'utilizzo di questi mezzi, anche se si dovesse giustificare con la scriminante di cui all'art. 41-bis del divieto assoluto imposto dall'art. 13, c. 3 Cost.<sup>[41]</sup>: «è punita ogni violenza fisica e morale : restrizioni di libertà». Si deve, poi, evidenziare che le autorità inquirenti hanno, oltre la strumenti di indagine, anche estremamente invasivi della privacy, di per sé idonei a rendere il mezzo di tortura<sup>[42]</sup>.

Uno sguardo realista al nostro diritto penale (v. infra cap. V), rende evidente la presenza in buona parte delle incriminazioni di evento (reato, quindi sanzione), dall'altro abbiamo la condotta, senza danno) che, come vedremo, proprio per evitare l'inclusione nella categoria dei reati che richiedono, a seguito di vari interventi della Consulta, almeno un quid di materialità e pericolo

Ecco allora che il nostro ordinamento pare disporre di strumenti già attivabili nella fase del tentativo, al grado di contrastare, allo stato degli atti, la minaccia terroristica. È, però, chiaro che ogni minaccia contrastata con congegni giuridici efficaci.

## Conclusioni

In sintesi conclusiva di quanto esposto, la concezione di Diritto penale del nemico proposta non è meramente descrittiva ma normativa, un concreto progetto le cui caratteristiche di esecutività sono:

anticipazione della soglia di tutela penale: un diritto che guarda al futuro per reprimere i reati e riaffermare la vigenza della norma; minori garanzie processuali: poiché il delinquente è "il principio" all'ordinamento giuridico non è possibile applicare un diritto dialogico; pene elastiche: al fine di massimizzare l'efficacia generalpreventiva; diritto penale dell'autore: perché le condotte di terrorismo sono estremamente variegata e di difficile tipizzazione; per non è utile punire il fatto compiuto ma è necessario reprimere la personalità di colui che compie il reato. Mancano pronunce giurisprudenziali italiane che prendano posizione in ordine al diritto penale del nemico.

Ma si può chiudere il cerchio analizzando la pronuncia del Bundesverfassungsgericht che ha stabilito l'art. 14 c. 3 del LuftSiG<sup>[43]</sup>.

Due sono i motivi alla base della pronuncia, di questi uno solo è rilevante ai fini di questo sc

La sentenza del Bundesverfassungsgericht inizia ammettendo che la legge possa conservare e la difesa della vita umana. Tuttavia la disposizione del LuftSiG contrasta con le disposizioni tedesche sulla protezione della vita umana<sup>[45]</sup>. Se, infatti, la Corte ritiene certamente possibile l'utilizzo di un aereo di linea utilizzato a fini terroristici senza pilota<sup>[46]</sup> o che porti a bordo i soli terroristi, quando si discute la questione cambia radicalmente. Infatti, ove si consentisse allo Stato di sacrificare i passeggeri innocenti, significherebbe che i passeggeri innocenti sono parte dell'arma, cosa che li oggettiverebbe, <sup>[47]</sup>, in contrasto con le disposizioni costruzioni tedesche.

Questa pronuncia evidenzia che «al diritto costituzionale interessa che comportamenti, i cittadini innocenti, non possano essere qualificati come conformi al diritto e, per il Bundesverfassungsgericht, allora, vieta una autorizzazione preventiva, ma, secondo la dottrina, «escludere la rilevanza penale <sup>[dell'abbattimento dell'aereo dirottato]</sup> soltanto sotto il profilo della colpevolezza da una causa scusante».

Altra parte della dottrina italiana scrive: « la stessa Corte riconosce che l'autorizzazione all'abbattimento di un aereo dirottato quando a bordo dell'aeromobile si trovino soltanto i dirottatori che intendano utilizzarlo nel corso di un volo, appare del tutto conforme ad una logica di proporzionalità stricto sensu in ragione della natura dell'aeromobile in loro potere, sono anche quelli che definiscono in modo determinante l'identità dell'aeromobile dirottato sarebbe stato utilizzato per l'uccisione di altri uomini e se il progetto, pur essendo a conoscenza dei rischi che corrono per la loro vita. Ciò ridurrebbe il valore fondamentale alla vita di questi ultimi. D'altro canto, nessuna possibilità di reale difesa colpevole avrebbero coloro la cui vita deve essere tutelata da parte dello Stato»<sup>[50]</sup>

In ogni caso questa pronuncia della Corte Costituzionale Federale tedesca esclude l'abbattimento di un aereo dirottato, ovviamente preclude anche il potere dello Stato di ricorrere all'uso della forza di diritto anche nella lotta al terrorismo più pericoloso, ponendo (per ora) termine ad ogni tentativo di lotta del nemico.

[1] Molti dal titolo anche “provocatorio”, ad es. I terroristi non hanno diritti, in R. Kostoris (a cura di), *Diritto interno ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

[2] In tedesco: «Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nachgewiesen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie sich in einer gegenwärtigen Gefahr ist».

[3] Diritto penale del nemico, 2004 in M. Donini e M. Papa, Diritto penale del nemico – Giuffrè, 2007, p. 21.

[4] A. Toscano, La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali, Milano, Giuffrè, 2007, p. 123 – 145.

[5] Ma v. anche G. Cosi, Legge, diritto, giustizia: Un percorso nell'esperienza giuridica, Torino, Giappichelli, 2009, p. 123 – 145.

[6] V. anche F. Viola e G. Zaccaria, Diritto e interpretazione, Bari, Laterza, 2011, p. 24 e seg.

[7] Riveste la qualità di persona chi offre una sufficiente garanzia cognitiva di tenere un persona.

[8] Diritto penale del nemico, 2004 cit., p. 22.

[9] Cui si è affiancata, nel 1981, la Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo.

[10] I terroristi non hanno diritti, in R. Kostoris e R. Orlandi, Contrasto cit., p. 12.

[11] Vietato dagli artt. 64 e 65 del c.p.p., oltreché dall'art. 3 della C.E.D.U. (v., in particolare, Selmouni c. Francia).

[12] I terroristi non hanno diritti, in R. Kostoris e R. Orlandi, Contrasto cit., p. 16.

[13] G. Jakobs, Diritto penale del nemico, 2004 cit., p. 25.

[14] In Il diritto penale del nemico, 2004 in M. Donini e M. Papa, Diritto penale del nemico - Giuffrè, 2007, p. 45. Ambos è docente di Diritto penale interno e comparato presso l'Università di Padova. Per quanto qui di interesse si segnala la sua partecipazione al Building a Future on Peace and Justice, Berlino, Springer, 2009.

[15] Cfr. R. Chiarelli, La Repubblica italiana come governo degli uomini, Torino, Giappichelli, 2009, p. 123 – 145.

[16] T. Tasso, Oltre il diritto – alla ricerca della giuridicità del fatto, Padova, CEDAM, 2012, p. 89 – 110, V. Manes, Principi costituzionali in diritto penale, Torino, Giappichelli, 2013, p. 89 – 110.

in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionale italiana, spagnola e portog  
disponibile

[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/PRINCIPI\\_COSTITUZION](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/PRINCIPI_COSTITUZION)

[17] K. Ambos, *Il diritto penale del nemico* cit., p. 51.

[18] *Ivi*, p. 63.

[19] T. Hörnle, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico" – un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 121.

[20] Cornelius Prittwitz, docente di Criminologia e Filosofia del diritto presso l'Università penale del nemico, in in M. Donini e M. Papa, *Diritto penale del nemico – un dibattito inte* 139 e segg.

[21] J. M. S. Sánchez, docente di diritto penale presso l'Università Pompeu Fabra.

[22] J. M. S. Sánchez, *Los indeseados como enemigos – le exclusion de seres humanos del st de Ciencia Penal y Criminología*, n. 9, 2007, disponibile su <http://criminet.ugr.es/recpc/09/r>

[23] «En cuanto al caso del imputable peligroso, que se le califique como "enemigo", lo que exceso verbal, en absoluto implica que se le niegue el status de persona. Es verdad que referido al "enemigo" como "no-persona". Pero, más allá de las palabras, ni su concepción contemporánea de algo así como un Derecho penal de los enemigos trata al delincuente, absoluta nopersona.»

[24] Manuel Cancio Melia, docente di diritto penale, presso l'Università di Madrid.

[25] «[...] una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de "enem que en la acepción tradicional-militar del término». M. C. Melia, *De nuevo: ¿"Derecho* <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/cancio-enemigo.pdf>.

[26] « el Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policia

[27] La stessa cosa potrebbe dirsi, allo stato attuale, per il terrorismo jihadista che, nonostan uno Stato, non pare ora come ora in grado di metterne in pericolo, ad es., la forma republ militare o le strutture sociali. Naturalmente ciò potrebbe non valere per il futuro.

[28] Francisco Muñoz Conde, docente di Diritto penale all'Università di Siviglia.

[29] F. M. Conde, De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo», in Rivista p <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/255/245>.

[30] F.M. Conde, La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, Prólogo. Valencia, 200

[31] M. Mantovani, Le condotte con finalità di terrorismo, in R. Kostoris e R. Orlandi, internazionale, Torino, Giappichelli, 2006, p. 87 e segg.

[32] Nel nostro corpus legislativo incontriamo due disposizioni che hanno lo stesso tenore punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, ser pericolo»; l'art. 2045 del c.c., per il quale: «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso v salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è sta era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura e rimessa all'equ

[33] Ben potrebbe succedere (come accaduto al volo dirottato della Pegasus su cieli turchi i vistosi scortare da aerei da caccia, desista e consenta un atterraggio pacifico.

[34] M. Domini, Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico, in R. Kostoris e R. Orlan

[35] S. Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale, Napoli, ESI,

[36] M. Domini, Diritto penale di lotta cit, p. 35.

[37] In merito interessate è J. Vervaele, La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inte proc. pen. 2005, p. 739.

[38] Per una breve analisi si veda C. Bassu, La legislazione antiterrorismo e la limitazione negli Stati Uniti, 2006, archivio della Rivista dell'Associazione italiana dei [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo\\_canada/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo_canada/index.html).

[39] AA. VV., Torture: a collection, S. Levinson editor, Oxford University Press, 2004, p. 257

[40] A. M. Dershowitz, Terrorismo, Roma, Carocci, 2003, pp. 125 – 155.

