

# IL DIRITTO DEL NEMICO. NUOVE REGOLE PER I CONFLITTI DEL NUOVO SECOLO?<sup>o</sup>

Matteo Tondini\*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il nemico “giusto” nell’evoluzione del diritto internazionale del ‘900. – 2.1. La criminalizzazione del nemico nella legittima difesa. – 2.2. Il nemico nelle operazioni di pace. – 3. Il nemico nella “guerra al terrore”. – 3.1. Il nemico nella legislazione interna americana. – 3.2. L’uso della tortura. – 3.3. Le “*extraordinary renditions*”. – 3.4. Il nemico nella legislazione interna dei paesi alleati. – 3.5. Il nemico nella guerra preventiva. – 4. Conclusioni: critiche e possibili sviluppi.

*E’ agli spiriti pacifici che è promesso il regno della terra. Anche l’idea di un nuovo nomos della terra si dischiuderà solo a loro.*

Carl Schmitt<sup>1</sup>

*Purtroppo non ci sforziamo di capire la mentalità dei nostri nemici. (...) Nel caso del terrorismo islamico abbiamo deciso di considerarli dei malvagi (...). Se cominciassimo invece ad esaminare la loro visione del mondo (...) potremmo forse uscire dall’angolo in cui ci siamo cacciati. Un angolo in cui i terroristi sono figure bidimensionali uscite da un fumetto mediocre e dove prevale la logica del colpo su colpo.*

Brian Jenkins<sup>2</sup>

---

<sup>o</sup> © Matteo Tondini 2006. Tutti i diritti riservati. Non citare senza il permesso dell’autore. E’ vietata la riproduzione totale o parziale (L. n. 633/1941 e succ. mod.).

\* Dottorando di ricerca in *Sistemi politici e cambiamento istituzionale* presso l’IMT – *Alti Studi Lucca*. Relazione tenuta al 25° congresso della *Società italiana di scienza politica*, presso l’Università degli Studi di Bologna, 13 settembre 2006. Note e commenti a [matteo.tondini@imtlucca.it](mailto:matteo.tondini@imtlucca.it). L’autore ringrazia Paolo Regoli e Federica Bertolin per l’aiuto prestato.

<sup>1</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “ius publicum europaeum”*, Milano, Adelphi, 3<sup>a</sup> ed., 2003, 15.

<sup>2</sup> Analista della *Rand Corporation*, cit. in P. Pontoniere, *Contro al Qaeda modello Italy*, in *Espresso*, 24 agosto 2006, 90.

1. – La spinta ideologica che conduce all'affermazione degli assoluti fini etici dell'azione militare intrapresa, porta un soggetto (statuale o meno) in conflitto ad identificarsi necessariamente nella parte del "bene" che si trova a doversi misurare con la sua antitesi, ovvero il "male"<sup>3</sup>. Per l'attore in gioco, tale lotta assumerà il carattere del dovere quale imperativo morale, poiché, qualora si pretenda di conoscere i fini ultimi dell'azione umana, inevitabilmente si cercherà di velocizzarne il processo evolutivo a mezzo della coercizione<sup>4</sup>. Parallelamente, assistiamo oggi al riaffacciarsi delle teorie sulla c.d. "guerra giusta"<sup>5</sup> nel dibattito interno, laddove l'aggettivo "giusto" assume però connotati diversi, si voglia in nome di un'asserita giuridicità (Bobbio), oppure in risposta ad un comando divino (come nel caso della *jihad*), o etico – morale, «per cui l'evento bellico sarebbe finalizzato alla difesa di valori umani "universali e pregiuridici"»<sup>6</sup> (Walzer). Tali speculazioni ideologiche sul fine ultimo della guerra mostrano un sovrapporsi di categorie e valori «in materia di relazioni tra guerra ed etica applicata, guerra e diritto, guerra e tutela dei diritti umani». Nel contempo, esse

<sup>3</sup> Si pensi, ad esempio, al *Gott mit uns* tedesco durante la II Guerra mondiale, ovvero alla definizione dell'Unione Sovietica quale «evil empire» o «the focus of evil in the modern world», pronunciata da Reagan nel marzo 1983 (su quest'ultimo caso cfr. S. E. Ambrose e D. G. Brinkley, *Rise to Globalism: American Foreign Policy Since 1938*, New York, Penguin Books, 8ª ed., 1997, 320). Sulla rappresentazione del terrorismo come immagine del male assoluto e sulle possibili conseguenze cfr. gen. J. C. Alexander, *La costruzione del male: Dall'Olocausto all'11 settembre*, Bologna, Il Mulino, 2006.

<sup>4</sup> Il problema dell'accelerazione dei processi sociali si pone come corollario della scelta politica. Questa potrebbe essere difatti definita come «il tentativo di accelerare i processi sociali verso un fine ritenuto "naturale" o, per qualche ragione, "auspicabile"» (R. Cubeddu, *Margini del liberalismo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, 8). Poiché ogni processo di accelerazione si trasforma inevitabilmente in un incremento del potere dei governanti e perciò della coercizione esercitata sui cittadini, il ritorno dell'etica quale criterio di fondo della scelta politica impone che l'obiettivo principale dell'azione degli stati sia oggi la ricerca di una giustificazione etica all'uso della coercizione (*ibid.*, 11).

<sup>5</sup> Ad esempio, nei recenti combattimenti scatenatisi tra israeliani e guerriglieri *Hezbollah* nel luglio 2006, l'offensiva militare israeliana è stata qualificata da parte del governo di Tel Aviv come una lotta contro un «asse del male» (Cfr. le dichiarazioni del Ministro degli esteri Livni e del Primo ministro Olmert rispettivamente in P. Inbari, «Un Asse del Male che vuole dominare il Medio Oriente», in *Repubblica*, 17 luglio 2006, 6; A. Stabile, *Olmert: "Andiamo avanti". Le truppe entrano in Libano*, in *Repubblica*, 18 luglio 2006, 4). Riguardo al rientro sulla scena internazionale dei valori etici quali motivi ispiratori della politica estera occidentale e in particolare statunitense, cfr. L. H. Gelb e J. A. Rosenthal, *The Rise of Ethics in Foreign Policy: Reaching a Values Consensus*, in *Foreign Affairs*, 3/2003, 2 ss.

<sup>6</sup> A. Calore, «Guerra giusta» tra presente e passato, in *ibid.* (cur.), «Guerra giusta»? *Le metamorfosi di un concetto antico*, Milano, Giuffrè, 2003, xiii. L'autore riporta come esempi la posizione presa inizialmente da Norberto Bobbio nel considerare la liceità della I Guerra del Golfo, la sostanziale identità tra guerra "giusta" e "santa" cui si perviene conferendo al "giusto" un significato etico – teologico, e le tesi di Michael Walzer nel suo libro *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (1977). Il prof. Calore rimane critico sulla traslazione, operata da un gruppo di intellettuali americani, della promozione degli *American values* dal piano nazionale a quello sopranazionale, fino a divenire il fondamento per una guerra giusta a prescindere da ogni valutazione da parte di istituzioni internazionali, quali le Nazioni Unite. Dello stesso volume cfr. in part. D. Zolo, *La riproposizione moderna del bellum justum: Kelsen, Walzer e Bobbio*, 183 ss. e T. Mazzarese, *Kelsen teorico della guerra giusta?*, 159 ss.

rivelano «il valore simbolico del ritorno del dibattito sulla guerra “giusta” (...) sulla scena internazionale: la guerra non è più un tabù nelle nostre società, tanto che si riprende a discutere di quando sia lecito, o anzi obbligatorio, scatenarla in nome di valori da tutelare»<sup>7</sup>. Del resto, come autorevolmente osservato, una riflessione sulle regole della guerra si risolve in un’analisi sui principi della convivenza internazionale, poiché nessuna società internazionale può promuovere obiettivi avanzati in assenza di regole minime per i propri membri che scongiurino un impiego senza limiti della violenza<sup>8</sup>. Inoltre, data la cronica tensione tra sistema internazionale, inteso come l’insieme delle relazioni di fatto intrecciate tra attori politici internazionali, e la società internazionale, che invece presuppone un riconoscimento reciproco tra tutti gli attori<sup>9</sup>, è possibile che le nuove minacce vengano a identificarsi nella figura dell’“altro”, inteso come chi non appartiene ad un ordine o ad uno spazio politico condiviso, e come tale escluso dall’unico *ethos* internazionale riconosciuto<sup>10</sup>. In un simile quadro, si impone una riflessione sulla figura del nemico, concepito ormai come colui che rifiuta un sistema ideologico ed economico di riferimento, cui non si riconosce il diritto di resistenza, la quale, «anzi, diventa un affronto di lesa maestà»<sup>11</sup>.

Il diritto, per sua natura, tende ad adattarsi al mutamento degli interessi e degli attori coinvolti nei conflitti e pertanto risulta un utile indicatore dell’involutione neo – confessionale dei sistemi politici moderni<sup>12</sup>. Oggi vi sono peraltro segnali che mostrano una parziale inversione di rotta, o almeno una forte spinta contenitiva di tale fenomeno involutorio. In ogni caso, ogni deriva assolutista e ideologica della politica e del diritto non può che generare essa stessa la propria nemesi e nutrirsi di questa per poter sopravvivere<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> T. Casadei, *Etica pratica e casi di guerra: l’“armamentario argomentativo” di Michael Walzer*, in *Teoria politica*, 2006, 100. Sul tema cfr. anche B. Conforti, *Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo*, in *Rass. Parlamentare*, 2003, 11 ss.; G. Motzo, *Costituzione e guerra giusta alla periferia dell’impero*, in *Quad. cost.*, 1996, 376 ss.

<sup>8</sup> A. Colombo, *La guerra ineguale: Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006, 7 e 75.

<sup>9</sup> H. Bull, *La società anarchica. L’ordine nella politica mondiale*, Milano, Vita e Pensiero, 2005, 65 – 66.

<sup>10</sup> Sul tema, di sicuro rilievo appare il volume di A. Dal Lago (cur.), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l’etnografia contemporanea*, Genova, Costa & Nolan, 1998. Cfr. anche U. Curri, *Filosofia dello straniero*, in *Riv. Scuola sup. econ. finanze*, 1/2006, 210 ss.

<sup>11</sup> F. Mini, *La guerra dopo la guerra*, Torino, Einaudi, 2003, 30.

<sup>12</sup> Dove però la confessione ha perduto ogni tratto teologico (a meno di non ipotizzare una religione civile) e si è secolarizzata o “mondanizzata” (M. Walzer, *Sulla guerra*, Roma – Bari, Laterza, 2004, 6).

<sup>13</sup> Il processo è simile (e talvolta si accompagna) alla deriva assolutista nella formulazione di certune “teorie della nazione”, sulla base delle quali viene plasmata l’identità nazionale dei singoli stati a scapito delle minoranze e degli altri popoli. La formulazione di tale «identità narcisistica» sarebbe la causa prima dello scatenarsi dei conflitti (R. Toscano, *Il volto del nemico: La sfida dell’etica nelle relazioni internazionali*, Milano, Guerini e associati, 2000, 21).

2. – Negli anni precedenti allo scoppio della I Guerra mondiale, le Convenzioni de L’Aia del 1907 e annessi regolamenti<sup>14</sup> avevano definitivamente prodotto una frattura tra legittimità e giuridicità dei conflitti armati<sup>15</sup>, separando di fatto il “giusto” titolo (*ius ad bellum*) da una condotta delle ostilità giuridicamente lecita (*ius in bello*)<sup>16</sup>. L’esperienza delle sanguinose guerre del secolo precedente aveva difatti influenzato, da un lato, il mantenimento, nell’ambito di uno *ius publicum europaeum* di “schmittiana” memoria<sup>17</sup>, del diritto a “fare la guerra” da parte degli stati, dall’altro, l’uso dello strumento giuridico per arginarne violenza e barbarie. Il diritto a muovere guerra veniva così neutralizzato del requisito oggettivo (la reazione ad una violazione), riponendo esclusivamente sulla sovranità dello stato partecipante alle ostilità<sup>18</sup>. L’evoluzione wilsoniana degli anni ‘20 del secolo scorso, prima dell’ingresso della Germania di Hitler quale influente attore politico sulla scena mondiale, modificò gradualmente tale indirizzo, portando ad accordi internazionali, quali il Patto della Società delle Nazioni nel 1919 e il Patto Kellogg – Briand del 1928, che limitavano fortemente il ricorso degli stati allo strumento militare, finendo per escluderne l’utilizzo quale strumento della politica internazionale<sup>19</sup>. La sottoposizione della guerra alle maglie del diritto positivo, peraltro, all’epoca, tutt’altro che strette, segnava una parziale svolta neo – kantiana nella politica estera delle nazioni europee. Ma proprio

<sup>14</sup> Testo riprodotto in International Institute of Humanitarian Law, *International law concerning the conduct of hostilities*, San Remo, IHL, 2003, 2 ss. Possono ricordarsi inoltre la Dichiarazione de L’Aia sui proiettili c.d. *dum – dum* e la Convenzione per il regolamento pacifico delle controversie internazionali, entrambe del 29 luglio 1899, assieme ai successivi, non vincolanti, Regolamenti de L’Aia sulla guerra aerea del 1923 (*ibid.*, 101 ss., 142 ss.).

<sup>15</sup> Sul tema della separazione dei concetti di legittimità e legalità, cfr. C. Schmitt, *Le categorie del “politico”*, Bologna, Il Mulino, 1998, 212 ss.; 288 ss.

<sup>16</sup> Si veda sul tema N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 3<sup>a</sup> ed., 1991, 64 ss. Attualmente, un progetto di ricerca congiunto delle università olandesi di Leiden e Amsterdam sta cercando di individuare un’origine consuetudinaria nella prassi delle amministrazioni internazionali post – belliche, in modo da rompere la tradizionale bipartizione del diritto dei conflitti armati in *ius ad bellum* e *in bello*, introducendo il c.d. *ius post bellum*. Il progetto è posto sotto la direzione scientifica del Dr. Carsten Stahn e del prof. Jann K. Kleffner. Cfr. sul tema C. Stahn, *Jus ad bellum – Jus in bello ... Jus post bellum: Towards a Tripartite Conception of Armed Conflict* (Atti della conferenza di Firenze, maggio 2005), disponibile su <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/Stahn2.PDF>.

<sup>17</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., in particolare 335 ss.

<sup>18</sup> G. de Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 132.

<sup>19</sup> Lo Statuto della Società delle Nazioni prevedeva, all’art. 10, un accordo di difesa collettiva in caso di aggressione e, generalmente, l’impegno a non ricorrere in dati casi alle armi. Le controversie tra stati membri dovevano essere sottoposte alla decisione arbitrale o giurisdizionale della Corte permanente di giustizia, ovvero direttamente al Consiglio della Società. Era parimenti previsto un divieto di muovere guerra nei confronti dello stato che si fosse conformato alla decisione del Consiglio, purché questa fosse approvata all’unanimità, e, in ogni caso, entro tre mesi dal lodo arbitrale, dalla decisione della Corte, ovvero dalla relazione del Consiglio (art. 12). Il Patto Kellogg – Briand, firmato a Parigi nel 1928, stabiliva il principio generale di risoluzione pacifica delle controversie internazionali, lasciando però aperta la possibilità per gli stati di ricorrere a misure di intervento diverse dalla guerra aperta, quali le rappresaglie armate o limitati interventi esterni (N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, Giappichelli, 2<sup>a</sup> ed., 2001, 26 – 27).

l'assenza di quel diritto interstatale, che, riconoscendo il legittimo avversario (*iustus hostis*), limitava e controllava l'uso dello strumento militare, finiva per generare un vuoto nell'ordinamento internazionale al quale le nascenti spinte universaliste erano incapaci di opporsi<sup>20</sup>.

Con l'affermazione delle grandi potenze dell'Asse e la caratterizzazione profondamente ideologica del proprio interventismo, sfociato nella II Guerra mondiale e negli orrori dell'olocausto, tale tendenza universalistica prende le forme della lotta, da parte degli Alleati, nei confronti di un nemico che cessa definitivamente di essere *iustus*, per assurgere al rango di criminale<sup>21</sup>. In conseguenza, al termine della II Guerra mondiale, gli stati vincitori, fondando i pilastri del nuovo ordine mondiale, operarono attraverso, da un lato, l'elaborazione di una serie di principi generali sui diritti dell'uomo, dall'altro, la creazione di tribunali penali internazionali (Tokyo e Norimberga) per punire coloro che, *tra i vinti*, si fossero macchiati di crimini di guerra<sup>22</sup>. I primi avrebbero dovuto costituire i parametri di riferimento del comportamento dei soggetti facenti parte dell'ordinamento internazionale (*in primis* stati e organizzazioni internazionali); i secondi, meramente finalizzati a rispondere ad un immediato bisogno di giustizia contro le efferatezze raggiunte nel conflitto, finirono per integrarsi con le citate nascenti norme internazionali sui diritti dell'uomo, dando origine ad un sistema preventivo e sanzionatorio, che finì per ispirare l'azione dei governi<sup>23</sup>. L'ordinamento internazionale muoveva i primi passi verso il "cosmopolitismo", ovvero la creazione di una società globale di individui e stati, titolari di diritti e destinatari di obblighi comuni<sup>24</sup>. La nascita delle Nazioni Unite avrebbe dovuto costituirne l'esempio materiale. Filosofi come Kelsen, Bobbio e, più tardi, Habermas elaborarono dottrine ottimistico – idealiste rivolte alla creazione di un super stato mondiale (*civitas maxima*), unico depositario del monopolio legittimo della forza, che, come tale, abbisognava di un altrettanto planetario ordine giuridico di riferimento<sup>25</sup>. Il "globali-

---

<sup>20</sup> F. Mini, *op. cit.*, 28.

<sup>21</sup> Non a caso, l'art. 6(a) dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, sulla costituzione del Tribunale di Norimberga, definisce la guerra di aggressione come un crimine internazionale contro la pace.

<sup>22</sup> Si ricordi l'aspra critica del tribunale di Norimberga ad opera di Carl Schmitt, imputato egli stesso per tre reati innanzi il medesimo organo giurisdizionale (sul tema cfr. C. Schmitt, *Risposte a Norimberga*, Roma – Bari, Laterza, 2006). In una memoria difensiva scritta a sostegno dell'industriale tedesco Flick, in vista di un probabile giudizio per crimini contro la pace, il giurista tedesco denunciava in particolare il carattere politico del tribunale alleato e la violazione del principio dell'irretroattività della legge penale, che avrebbe reso impossibile giudicare gli imputati (V. Calenne, *I reati di Norimberga e il principio "nulla poena, nullum crimen, sine lege"*, in *Riv. Scuola sup. econ. finanze*, 11/2004, 100 – 101).

<sup>23</sup> A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma – Bari, Laterza, 2005, 27.

<sup>24</sup> Cfr. gen. sul tema D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Bologna, Feltrinelli, 2ª ed, 2002.

<sup>25</sup> Ispirato dalle teorie razionalistiche di Hans Kelsen (cfr. ad es. H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Torino, Giappichelli, 1990), Norberto Bobbio ha elaborato un proprio modello di "pacifismo giuridico" o "istituzionale", quale forma intermedia di pacifismo attivo. Tra i principi fondanti tale orientamento, la fiducia nel diritto internazionale e l'opposizione ad un sistema internazionale che consideri gli stati quali soli soggetti di diritto (Cfr. gen. sul tema N. Bobbio, *op. cit.*). Jürgen Habermas prosegue la tradizione neokantiana del progetto co-

simo giuridico”, per poter essere effettivo e produrre quell’azione deterrente e punitiva, necessitava anch’esso, sulla scorta di una riproduzione in chiave sopranazionale degli organi giudiziari propri del modello di stato liberale, di tribunali internazionali che provvedessero all’*enforcement* delle emergenti norme di diritto internazionale positivo<sup>26</sup>. Nel contempo, venivano elaborate convenzioni internazionali sul diritto dei conflitti armati, adottate a Ginevra nel 1949, disciplinanti i limiti alla conduzione delle ostilità da parte delle forze armate. Esse, per la prima volta, sull’esempio della lotta partigiana anti – nazista, riconoscevano anche gruppi organizzati di guerriglieri quali combattenti legittimi<sup>27</sup>. Successive dichiarazioni e convenzioni sui diritti dell’uomo<sup>28</sup> realizzavano un aggiornamento e una modernizzazione dei principi di diritto umanitario inclusi nelle precedenti Convenzioni di Ginevra, rappresentando la base per un approccio d’insieme alla questione della protezione degli esseri umani sia in tempo di guerra che di pace<sup>29</sup>. L’esperienza delle guerre di decolonizzazione degli anni ’60 e

---

smopolitico di società globale riflettendo sul ruolo delle Nazioni Unite quale autorità deputata a dar vita ad una polizia internazionale, capace di monitorare un ordine politico sopranazionale pacifico e giusto (J. Habermas, *Dopo l’utopia*, Venezia, Marsilio, 1992, in part. 9 ss., 21 ss.). Sulle medesime posizioni globaliste, a favore della creazione di una «sfera pubblica internazionale» si veda L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in P. Comanducci e R. Guastino (cur.), *Analisi e diritto 2002 – 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 348 ss. Sulla nascita di un ordine giuridico globale a – centrico e a – simmetrico, cfr. S. Casese, *L’ordine giuridico globale*, in *Riv. scuola sup. econ. finanze*, 3/2004, 22 ss.

<sup>26</sup> Cfr. sul tema D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, 2ª ed., 2001, 13 ss. E’ noto, in particolare, che l’esigenza di creare un apparato repressivo che garantisse l’effettività delle norme contenute nella Convenzione sul genocidio fu avvertita già in fase di stesura del testo dalla VI Commissione dell’Assemblea Generale delle N.U., nel 1948. Quest’ultima, il 9 dicembre, al momento dell’adozione del testo della Convenzione, adottava parimenti la Risoluzione 260 B (III), con la quale invitava la Commissione di diritto internazionale «ad esaminare se fosse desiderabile o possibile creare un organo giudiziario internazionale incaricato di giudicare le persone accusate del crimine di genocidio o di altri crimini che sarebbero di competenza di tale organo, in virtù di convenzioni internazionali» (G. Carella, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in P. Picone (cur.), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1995, 467).

<sup>27</sup> Assieme, può ricordarsi la Convenzione de L’Aia del 14 maggio 1954 sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato e la Convenzione sul divieto di messa a punto, produzione e stoccaggio di armi batteriologiche del 10 aprile 1972 (Cfr. Stato Maggiore della Difesa, *Manuale di diritto umanitario*, Vol. III, SMD – G – 014, Roma, 1991, 267 ss., 306 ss.). Sul tema della partecipazione alle operazioni militari di gruppi di irregolari, Schmitt sosteneva già nel 1962 che la guerra moderna, prevedendo la partecipazione di privati ai combattimenti, finisce per fissare le proprie radici nelle ideologie e, non essendo frenata dall’azione degli stati, ma, anzi, sviluppandosi attraverso di essi, lascia che il combattente individui il “nemico” nel nemico privato (*inimicus*), o nell’avversario politico, e non nel nemico pubblico (*hostis*), regredendo così nella barbarie (C. Schmitt, *Teoria del partigiano: integrazione al concetto del politico*, Milano, Adelphi, 2005, in part. 26 ss.; sulla definizione di nemico pubblico cfr. *Ibid.*, *Il nomos della terra*, cit., 150 ss., 195).

<sup>28</sup> Quali, ad esempio, la Dichiarazione universale del 1948, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950, i Patti sui diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione americana sui diritti dell’uomo del 1969 (testi in lingua italiana disponibili su <http://www.centrodiritiumani.unipd.it>).

<sup>29</sup> M. Tondini, *I diritti umani nei conflitti armati e nelle operazioni di pace: L’equilibrio del diritto tra uso della forza e dovere di protezione*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2006 (pross. pubbl.).

'70 parimenti suggeriva, nel 1977, l'introduzione dei due Protocolli addizionali alle convenzioni del 1949, mentre ulteriori accordi restringevano l'uso di mezzi e metodi di combattimento, incluso l'invio di mercenari<sup>30</sup>. Il terrorismo internazionale, in un mondo a blocchi contrapposti, veniva ancora considerato *state sponsored*<sup>31</sup>, e, in ogni caso, condannato a mezzo di strumenti *ad hoc*<sup>32</sup>. In questa fase storica, il concetto di

<sup>30</sup> Cfr. ad esempio, la Convenzione di New York sul divieto di utilizzare tecniche di modifica dell'ambiente naturale per scopi militari (Ris. Ass. Gen. N.U. n. 31/72) del 10 dicembre 1976, la Convenzione di Ginevra sulla proibizione o restrizione nell'uso di certi armamenti convenzionali del 10 ottobre 1980, la Convenzione di Parigi sulla proibizione dello sviluppo, produzione, stoccaggio e uso di armi chimiche del 13 gennaio 1993 (Cfr. International Institute of Humanitarian Law, *op. cit.*, 150 ss.). Inoltre, cfr. la Convenzione di New York contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'addestramento dei mercenari del 4 dicembre 1989, la Convenzione di New York contro la tortura del 10 dicembre 1984 e quella di Ottawa sul divieto di uso, stoccaggio, produzione e trasferimento di mine antiuomo e sulla loro distruzione del 3 dicembre 1997 (disponibili su <http://www.studiperlapace.it>). Sull'equiparazione dell'invio di bande o gruppi paramilitari, da parte di uno stato o in suo conto sul suolo di un altro, ad un attacco armato e sulla rispondenza di tale regola al diritto internazionale generale, si veda la sentenza del 1986 della Corte internazionale di giustizia sul caso *Nicaragua c. Stati Uniti*, (par. 195) e l'art. 3(g) della Ris. Ass. Gen. N.U. n. 3314 – XXIX del 1974 sulla definizione di aggressione (N. Ronzitti, *op. cit.*, 38).

<sup>31</sup> Cfr. sul tema L. Condorelli, *The Imputability to States of Acts of International Terrorism*, in *Israel YHR*, 1990, 233 ss.; L. Migliorino, *Giurisdizione dello stato territoriale rispetto ad azioni non autorizzate di agenti di stati stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 1988, 784 ss.

<sup>32</sup> Dal 1963 al 2001 sono state adottate, sotto l'egida delle Nazioni Unite, dodici convenzioni e protocolli sul terrorismo internazionale. Dal punto di vista del contenuto, tali accordi possono distinguersi in convenzioni speciali e generali. Le prime riguardano singole condotte criminose (fattispecie *ad hoc*), come il dirottamento di aeromobili (si veda in proposito la Convenzione di Tokyo del 14 settembre 1963 concernente le infrazioni e taluni altri atti commessi a bordo di aeromobili, la Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili, la Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile, il Protocollo di Montreal del 24 febbraio 1988 per la repressione degli atti illeciti di violenza negli aeroporti adibiti all'aviazione civile internazionale); il dirottamento di navi o le violazioni alla sicurezza della navigazione (quali la Convenzione di New York del 17 dicembre 1979 contro la presa di ostaggi; la Convenzione di Montreal del 10 marzo 1988 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima; il Protocollo di Roma del 10 marzo 1988 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale); il sequestro di agenti diplomatici (come ad esempio la Convenzione di New York del 14 dicembre 1973 sulla prevenzione e la repressione dei reati contro gli individui che godono di una protezione internazionale, ivi compresi gli agenti diplomatici). Le convenzioni generali si sforzano invece di inquadrare giuridicamente in maniera completa il fenomeno terroristico, prevedendo una vasta gamma di condotte riconducibili, in virtù del fine ultimo dell'azione criminosa, ad una singola fattispecie delittuosa di crimine di terrorismo internazionale (cfr. ad esempio, la Convenzione di Montreal del 15 dicembre 1997 per la repressione degli attentati terroristici con esplosivo – c.d. *Bombing Convention* – e la Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo – c.d. *Financing Convention*). Si può ricordare inoltre l'adozione, in ambito europeo, della Convenzione di Strasburgo per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977. L'efficacia di un approccio dedicato a singole fattispecie, piuttosto che omnicomprensivo, consente di bypassare l'enunciazione di principi generali, ove, solitamente, si scontrano le diverse visioni del fenomeno da parte degli stati partecipanti (A. Latino, *I nuovi reati di terrorismo interna-*

nemico “giusto”, sembra ampliarsi, anche perché gli stati nazionali che mettono mano alla revisione di vecchie convenzioni e alla stipula di nuovi trattati vengono ancora garantiti da una situazione internazionale dove l’uso della *compellance* è ancora saldamente nelle loro mani<sup>33</sup>. Nello stesso tempo, lo scoppio di guerre a bassa intensità in molte aree del mondo e la sconfitta americana in Vietnam, suggeriscono tale ampliamento, poiché, *de facto*, alla “rivoluzione negli affari militari”<sup>34</sup> si contrappone in maniera vincente l’uso di nuove forme di lotta, in una logica asimmetrica. Il diritto statale finisce così per vincolare giuridicamente i mezzi e soprattutto i metodi di combattimento dell’età contemporanea, per non cedere il passo all’affermarsi di forme di guerra e, *a fortiori*, di attori internazionali, che gli stati stessi non riescano a controllare<sup>35</sup>.

2.1 – La prassi dei primi cinquanta anni di vita della Carta delle Nazioni Unite confermava, alla metà degli anni ‘90, la volontà, per lo meno formale, degli stati di ricorrere alla guerra in un’unica ipotesi: la legittima difesa prevista dall’art. 51<sup>36</sup>. Appare

---

*zionale*, in *Temi Romana*, 1/2002, 59, nota 4). Sul punto, si noti come, ad esempio, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione del terrorismo, firmata a Varsavia il 16 maggio 2005, per definire una condotta come “atto terroristico” faccia riferimento ad un elenco di convenzioni tanto speciali quanto generali.

<sup>33</sup> Per coercizione, o *compellance*, possiamo intendere l’uso o la minaccia dell’uso della forza per costringere un avversario a fare il nostro volere. In una connotazione più ampia, essa prevede l’uso o la minaccia dell’uso della forza come avvertimento o sanzione. La *compellance* può estendersi fino alla diplomazia c.d. coercitiva, che prevede l’uso di strumenti economici, militari e diplomatici, impiegati singolarmente o in una logica integrata (F. Mini, *op. cit.*, 80 – 81).

<sup>34</sup> Sul tema della *Revolution in Military Affairs* cfr. il dibattito aperto su <http://www.comw.org/rmal/index.html>. Cfr. gen. anche G. Parker, *La rivoluzione militare: Le innovazioni militari e il sorgere dell’occidente*, Bologna, Il Mulino, 1990.

<sup>35</sup> Bene sul punto, A. Colombo, *op. cit.* 61 ss. Si pensi all’estensione operata dal I Protocollo addizionale del 1977 alla nozione di legittimo combattente, la quale, da un lato, include ogni individuo che, organizzato e sottoposto ad un comando responsabile, porti apertamente la armi in combattimento, mentre dall’altro, esclude i mercenari (artt. 44 e 47). I mercenari, dal canto loro, sono individui, *stranieri* rispetto alle parti in conflitto, motivati alla guerra essenzialmente dallo scopo di lucro. Lo status di cittadino di una delle parti in conflitto, o anche solo la residenza nel territorio di questa escludono tale qualifica: ciò significa che basta la mera riconducibilità dell’azione ad uno stato territoriale per scongiurare l’illegittimità.

<sup>36</sup> M. E. O’Connell, *Regulating the Use of Force in the 21st Century: The Continuing Importance of State Autonomy*, in *Colum. J. Transnat’l L.*, 1999, 479. L’affermazione non è peraltro esente da critiche, a causa della continua invocazione di deroghe alla Carta da parte degli stati. Sul punto cfr. A. C. Arend, *International Law and the Preemptive Use of Military Force*, in *Washington Quart.*, 2/2003, 89 ss.; R. Wedgwood, *Unilateral Action in the UN System*, in *Eur. J. Int’l L.*, 2000, 349 ss. Peraltro, già la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*, del 27 giugno 1986 (in *Riv. dir. int.*, 1986, 350 ss.), aveva osservato come il divieto generale dell’uso della forza venisse ormai prescritto da una norma di diritto internazionale consuetudinario (par. 184). La Corte ha ritenuto che, affinché una norma si consolidi per consuetudine, non occorre che la prassi corrispondente vi si conformi rigorosamente. Sarà sufficiente che gli Stati conformino ad essa la loro condotta in maniera generale e che trattino i comportamenti non conformi alla norma in questione come violazioni della stessa e non come il riconoscimento di una nuova norma, anche, magari, difendendo condotte apparentemente incompatibili alla stregua di giustificazioni o eccezioni (par. 186).

però evidente che un nemico contro il quale si reagisca in legittima difesa, può essere facilmente delegittimato al rango di mero aggressore, e, nel momento in cui l'aggressione diviene un crimine, a criminale internazionale<sup>37</sup>. In senso diametralmente opposto è da intendersi la figura del nemico nella c.d. "guerra totale", laddove, venendo meno la distinzione tra obiettivi civili e militari, il significato del concetto di conflitto si radicalizza fino ad estendersi ai limiti della *debellatio*, dell'annichilimento completo<sup>38</sup>. In entrambe le categorie, però, il nemico perde il proprio status di combattente legittimo e si manifesta quale mera volontà opposta da reprimere: nell'un caso, deferendo la messa *hors de combat* del nemico ad organi giudiziari internazionali o interni, nell'altro, affidandosi alla sola forza delle armi. Gli estremi tendono a toccarsi in questo fittizio dualismo tra una dottrina interventista *liberal* e la pura guerra di annientamento, poiché entrambi gli orientamenti si fondano su una base ideologica, e, pertanto, tendono inesorabilmente a declinare verso una paradigma amico – nemico, ovvero una personalizzazione delle categorie ontologiche del bene e del male.

2.2 – Il problema della qualificazione giuridica del nemico si è peraltro manifestato anche a seguito delle operazioni militari, c.d. di *peacekeeping*, intraprese dalle forze armate dei paesi membri delle Nazioni Unite<sup>39</sup>. In tali operazioni, lo status del nemico rimane il prodotto dell'interazione di diversi fattori, quali: il consenso dello stato terri-

---

Non essendosi neanche mai registrati, nel corso degli anni, *persistent objectors* alla norma in questione, essa rimarrebbe dunque perfettamente valida ed efficace, anche se si postulasse la fine della Carta delle N.U.

<sup>37</sup> Si consideri, ad esempio, l'art. 5 dello Statuto della Corte penale internazionale, laddove si prevede l'aggressione tra i crimini di competenza della Corte (co. 1(d)), sebbene sia precisato altresì che la Corte stessa potrà esercitare la propria giurisdizione su tale crimine internazionale solo a seguito della definizione dell'aggressione a mezzo di una successiva revisione dello statuto (co. 2).

<sup>38</sup> Cfr. sul tema, C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, cit., 201 ss.; *Ibid.*, *Il nomos della terra*, cit., in part. 410 ss. e 422 ss., soprattutto in relazione alle conseguenze dell'introduzione del mezzo aereo nella guerra moderna e all'uso dello strumento navale in operazioni di blocco delle coste del territorio controllato dall'avversario. Sul punto, in relazione all'opera di Giulio Douhet, *Il dominio dell'aria*, e alle teorie del Generale sulla guerra totale cfr. inoltre T. Scovazzi, *Il terrorismo di Stato nell'opera di Giulio Douhet*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 703 ss. e l'introduzione di L. Bozzo, *Giulio Douhet e il Dominio dell'aria: dottrina del "potere aereo" o teoria della guerra totale?*, in G. Douhet, *Il dominio dell'aria e altri scritti*, Roma, Aeronautica Militare, Ufficio Storico, 2002.

<sup>39</sup> La letteratura sul tema delle operazioni di pace risulta estesa. A titolo esemplificativo si ricordino gli scritti di P. Picone: *Interventi delle Nazioni Unite*, cit.; *La guerra del Kosovo e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 390 ss.; *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, 329 ss.; *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 5 ss. Assieme, si veda l'opera del prof. A. de Guttry: *Le missioni delle Forze Armate italiane fuori area: profili giuridici della partecipazione nazionale alle "peace support operations"*, Milano, Franco Angeli, 1997; *Le operazioni militari all'estero gestite al di fuori del sistema delle organizzazioni internazionali o nel suo ambito: problemi giuridici e organizzativi per le Forze Armate italiane*, Roma, CeMISS, 1996; con F. Pagani (cur.), *La crisi albanese del 1997. L'azione dell'Italia e delle organizzazioni internazionali: verso un nuovo modello di gestione delle crisi?*, Milano, Franco Angeli, 1999.

toriale al dispiegamento della missione<sup>40</sup>, il contesto di conflitto armato o meno in cui la missione va ad operare, l'esigenza di una riconciliazione nazionale (spesso a seguito di conflitti etnici o guerre civili), e la considerazione dei particolari vincoli politici cui sono soggetti i *contributing states*<sup>41</sup>. Operare in un conflitto armato, in particolare, qualora vengano soddisfatti taluni requisiti, dovrebbe significare l'attribuzione dello status di combattente, e quindi di prigioniero di guerra, al personale delle forze armate e delle milizie organizzate coinvolte<sup>42</sup>. Invero, è accaduto sovente che, proprio in virtù della partecipazione ad una missione ONU (che quindi in astratto dovrebbe caratterizzarsi non come una guerra *tout court*, ma come un'azione di "polizia internazionale"<sup>43</sup>) politicamente i paesi partecipanti abbiano rifiutato di considerarsi in stato di belligeranza (di fatto però ritrovandovisi), dando così origine a situazioni assai singolari<sup>44</sup>. Per ciò che concerne l'Italia, ad esempio, l'art. 9, c.p.m.g. prevedeva

<sup>40</sup> Nonostante oggigiorno, in seguito all'emergere delle operazioni di pace c.d. "multifunzionali", l'originario status di parte terza rispetto ai belligeranti non possa più riconoscersi in maniera netta per le missioni militari delle Nazioni Unite, originariamente tali operazioni, sebbene non previste esplicitamente dalla Carta ONU, dovevano intraprendersi con il consenso dello stato territoriale. Per tale ragione, esse venivano qualificate come missioni ex "capitolo VI e mezzo", cioè interventi il cui fondamento giuridico doveva ricercarsi a metà tra le misure non implicanti il ricorso alla forza armata, di cui al capo VI della Carta, e quelle in cui era previsto l'uso della *vis* militare, ex capo VII. L'espressione è stata usata per la prima volta dal Segretario Generale Dag Hammarskjöld nel 1956 (UN Doc. A/3302, 6 novembre 1956, par. 9 – 10). Per approfondimenti cfr. gen. M. Frulli, *Le operazioni di peace – keeping delle Nazioni Unite e l'uso della forza*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 347 ss.; S. Marchisio, *Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2000, 266 ss.; L. Pineschi, *Le operazioni delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace*, Padova, Cedam, 1998; J. F. Hillen III, *UN Collective Security: Chapter Six and a Half, in Parameters*, 2/1994, 28 ss.

<sup>41</sup> Talvolta questo fattore comprende proprio il riconoscimento della partecipazione dello stato interessato ad un'operazione che, seppure svolta quantomeno sotto l'egida delle Nazioni Unite, possa qualificarsi o comunque sfociare in un conflitto armato, recante problemi di compatibilità dell'intervento con i vincoli costituzionali nazionali. Un evidente esempio, al momento in cui si scrive, è offerto dalle difficoltà incontrate dall'Italia nel rifinanziamento della propria missione militare in Afghanistan, che sta suscitando un ampio dibattito tra le forze politiche appunto sulla reale natura delle operazioni da porsi in essere sul terreno ad opera dei militari (D.L. 5 luglio 2006, n. 224).

<sup>42</sup> Sullo status di combattente legittimo cfr. la III Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra del 12 agosto 1949, art. 4 e relativo I Protocollo addizionale del 1977 sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, artt. 43 – 44.

<sup>43</sup> Sulla questione cfr. D. Zolo, *I signori della pace*, cit., 51 ss.

<sup>44</sup> Sono noti, in particolare, i problemi riguardanti lo status e il trattamento dei prigionieri catturati nel corso di operazioni di pace, ma anche le questioni di perseguibilità di eventuali crimini di guerra o contro l'umanità commessi da parte dei militari impegnati nelle missioni *de quo*. Cfr. M. Tondini, *op. cit.*:

«Si può riportare il caso di un soldato canadese, accusato di aver partecipato ed assistito alla tortura di un adolescente somalo, prosciolto da una Corte militare d'appello in ragione del fatto che i contingenti nazionali non erano giuridicamente tenuti ad assicurare la salvaguardia dei prigionieri, dato che né le Convenzioni di Ginevra, né i Protocolli addizionali (secondo la Corte) troverebbero applicazione in operazioni di pace. Una sentenza di una Corte marziale belga è arrivata a conclusioni simili (...) Assieme a questi episodi si può ci-

l'applicazione del codice di guerra in relazione «ai corpi di spedizione all'estero per operazioni militari»<sup>45</sup>. L'applicazione di detto codice è stata tuttavia esclusa dal legislatore in quasi tutte le operazioni militari (eccetto “*Enduring Freedom*”, ISAF e “Antica Babilonia”), a mezzo di singoli provvedimenti di legge *ad hoc*, prevedendo nel contempo disposizioni contraddittorie quali la possibilità di avere in custodia individui «in stato di prigionia»<sup>46</sup>. Nel caso delle missioni italiane in Afghanistan e Iraq, poi, la situazione che è venuta a crearsi sulla carta è risultata a volte paradossale: nonostante le forze armate italiane operino in situazioni, rispettivamente, di conflitto armato ovvero di occupazione militare<sup>47</sup>, da un lato si impone nei loro confronti

---

tare il caso, esploso con la pubblicazione di alcune foto il 6 giugno 1997, della violenza sui alcuni prigionieri perpetrata da taluni paracadutisti italiani in Somalia».

Sul caso somalo si veda R. Murphy, *International Humanitarian Law and Peace Support Operations: Bridging the Gap*, in *J. Conflict Stud.*, 2003, 56; B. Loi, *Peace – keeping, pace o guerra? Una risposta italiana: l'operazione Ibis in Somalia*, Firenze, Vallecchi, 2004, 185 ss. Parimenti, ad Haiti, nel 1994, le forze americane di *Uphold Democracy* partecipanti alla missione ONU, considerarono gli individui catturati più o meno alla stregua di prigionieri di guerra, ma senza rispettare tutti i vincoli giuridici derivanti da tale status. Ampi margini di manovra furono lasciati ai legali militari nel decidere le singole regole da applicarsi nel caso concreto (T. P. Bulman, *A Dangerous Guessing Game Disguised as Enlightened Policy: United States Law of War Obligations During Military Operations Other Than War*, in *Mil. L. Rev.*, 1999, 170 ss.).

<sup>45</sup> La L. 31 gennaio 2002, n. 6 ha confermato detta applicabilità, che però, nell'immediatamente successiva L. 27 febbraio 2002, n. 15, e nella L. 18 marzo 2003, n. 42, veniva limitata all'operazione *Enduring Freedom*. L'applicabilità del codice militare di guerra è stata riproposta per l'operazione “Antica Babilonia” in Iraq con L. 1 agosto 2003, n. 219. Al momento le due operazioni in parola costituiscono, assieme alla missione ISAF, gli unici esempi di missioni militari italiane in cui sia in vigore il c.p.m.g. Sull'applicabilità del c.p.m.g. alla missione militare italiana in Afghanistan cfr. G. Bartolini, *Le modifiche al codice penale militare di guerra a seguito della missione militare italiana in Afghanistan*, in *La comunità internazionale*, 2002, 171 ss.

<sup>46</sup> D.L. 29 aprile 1996, n. 236 (cit. in R. Rivello, *Operazioni all'estero e diritto penale internazionale* (Atti del convegno di San Remo, 12.X.2003, 15).

<sup>47</sup> Essendo *Enduring Freedom* un intervento militare nato in legittima difesa, se ne può agevolmente affermare il carattere di conflitto armato. Per lo status di occupazione militare in atto in Iraq cfr. A. Carcano, *End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi government*, in *J. Conflict & Security L.*, 2006, 58. Cfr. anche G. de Vergottini, *op. cit.*, 149. L'ambigua posizione italiana presa nei confronti della guerra in Iraq è stata di “non – belligeranza” (si vedano sul punto le Risoluzioni 6 – 00038 n. 3 al Senato e 6 – 00057 alla Camera, del 19 marzo 2003), ovvero quella che una certa dottrina chiama “neutralità qualificata” e che si sostanzia in uno status intermedio tra la belligeranza e la neutralità. In tal caso, al “non belligerante” sarebbero precluse azioni belliche dirette, ma non l'assistenza logistica ad una delle parti in conflitto. Non essendo sostenuto da alcuna consuetudine internazionale, lo status in parola si risolve in una dottrina assai discutibile (N. Ronzitti, *op. cit.*, 281). Non stupisce allora come la legge di copertura della missione (in ultimo, il D.L. n. 224/2006) conferisca un mandato di sola ricostruzione umanitaria. Peraltro, il Consiglio di sicurezza, già nel preambolo alla Risoluzione 1483 (2003) del 22 maggio, «notava» come vi fossero paesi, che non si qualificavano come occupanti, impegnati sotto l'autorità della coalizione anglo – americana. Non si comprende comunque come possa qualificarsi non occupante uno stato che pone un proprio dirigente del

l'applicazione del codice militare di guerra<sup>48</sup>, dall'altro si prevede l'esercizio dell'azione penale nei confronti di chi compia azioni in loro danno<sup>49</sup>. Ciò equivale, da un lato, a criminalizzare ogni azione del "nemico", dall'altro, ad imporre un uso della forza limitato dal diritto bellico ai soli militari italiani<sup>50</sup>. Ancora una volta, l'unico uso delle armi legittimo viene considerato quello dei "pacificatori"<sup>51</sup>. Peraltro, l'approccio italiano non dovrebbe stupire, poiché comune alla maggioranza paesi partecipanti ad operazioni di pace sotto l'egida (ma non sotto il controllo<sup>52</sup>) dell'ONU<sup>53</sup>.

Del resto, la Convenzione sulla sicurezza del personale ONU e del personale associato del 1994 qualifica come crimine ogni atto lesivo diretto contro le forze di pace delle Nazioni Unite, da perseguirsi ad opera dello stato territoriale<sup>54</sup>. Inizialmente, le missioni ex capo VII della Carta, quelle cioè caratterizzate dalla possibilità di intraprendere azioni coercitive da parte delle truppe ONU, venivano escluse dall'applicabilità della convenzione in parola<sup>55</sup>. Le missioni ex capo VI, invece, poiché contraddistinte da un uso della forza limitato all'autodifesa, escludono *ab initio* lo

---

Ministero Affari Esteri, per conto della Coalizione, come governatore di una provincia occupata.

<sup>48</sup> Cfr. D.L. n. 224/2006, art. 16(1).

<sup>49</sup> *Ibid.*, art. 16(3).

<sup>50</sup> Sono noti i casi, ad esempio, dell'apertura di inchieste da parte della Procura Militare della Repubblica di Roma, per l'uccisione di cinque civili all'interno di un'ambulanza da parte dei militari italiani nella prima "battaglia dei ponti" del 7 aprile 2004 (A. Nicastro, *Quei cinque civili iracheni uccisi dagli italiani*, in *Corriere della sera*, 29 giugno 2006, 12) e per le presunte omissioni nella difesa sia della base distrutta dall'attentato del novembre 2003 che del convoglio attaccato nell'aprile 2006 (G. Olimpio e F. Sarzanini, *Minacce sottovalutate. La procura militare apre un'inchiesta*, in *Corriere della sera*, 29 aprile 2006, 12). Tutte le inchieste citate sarebbero state ovviamente impossibili senza l'applicazione del c.p.m.g., per via della mancanza di disposizioni penali a riguardo nel c.p.m.p.

<sup>51</sup> In senso opposto a tale principio si sono espresse talune sentenze del giudice interno italiano, chiamato a decidere sulla configurabilità della fattispecie di terrorismo internazionale per condotte assunte dagli imputati in teatri di guerra quali l'Iraq e l'Afghanistan. Cfr. *infra*, nota 51.

<sup>52</sup> Nel qual caso si imporrebbe il completo rispetto del diritto umanitario, secondo il Bollettino del Segretario Generale del 6 agosto 1999 (UN Doc. ST/SGB/1999/13, riprodotto in *Int'l Rev. Red Cross*, 1999, 812 – 817).

<sup>53</sup> Si veda, ad esempio, il caso dell'intervento australiano a Timor Leste (INTERFET – *International Force for East Timor*),

«caratterizzato da un'applicazione *de facto* del diritto umanitario sull'occupazione militare. Nonostante ciò, le autorità militari australiane hanno rifiutato di considerare i miliziani catturati, responsabili di atti di violenza ai danni della forza multinazionale, alla stregua di prigionieri di guerra (come invece richiesto dalla Croce Rossa Internazionale). L'ufficio legale della Difesa australiana si è giustificato affermando che, se anche a Timor Leste si fosse verificato un conflitto armato, sarebbe stato comunque impossibile concedere agli individui catturati lo status di prigionieri di guerra data la mancanza di sufficiente organizzazione e di rispetto per il DIU». (Cfr. M. Tondini, *op. cit.*).

<sup>54</sup> *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, adottata a New York il 9 dicembre 1994, UNGA Res. 49/59 – U.N. Doc. A/49/49 (1994), art. 9, disponibile su <http://www.un.org/law/cod/safety.htm>.

<sup>55</sup> *Ibid.*, art. 2.

stato di belligeranza e quindi bene impongono la criminalizzazione degli autori di atti di violenza in danno del personale ONU. In ultimo, tali crimini vengono parificati a crimini di guerra nello statuto della Corte penale internazionale<sup>56</sup>. Tuttavia, nel gennaio 2006 è stato aperto alla firma il Protocollo opzionale alla Convenzione, che estende l'applicabilità delle previsioni in parola ad ogni tipo di missione condotta sotto «l'autorità e il controllo» dell'ONU per non meglio precisati obiettivi di *peacebuilding*, ovvero di «assistenza all'emergenza umanitaria»<sup>57</sup>. La conseguenza immediata dell'entrata in vigore di detto Protocollo opzionale sarebbe che, in caso di operazioni militari condotte da contingenti internazionali anche sotto il mero controllo delle Nazioni Unite (l'"autorità" non coincide infatti con il "comando"), i nemici catturati verrebbero considerati alla stregua di criminali comuni o di guerra, mentre gli unici combattenti legittimi sarebbero da considerarsi i militari ONU<sup>58</sup>. E' evidente come la novella in questione ponga preoccupanti interrogativi sulle conseguenze dell'attribuzione di una legittimità esclusiva per il solo personale delle Nazioni Unite, a scapito di ogni altro combattente, non tenendo in considerazione la possibilità che il Consiglio di sicurezza, nell'adottare una risoluzione, agisca *ultra vires*, ovvero si erga ad arbitro di se stesso nell'autoconferirsi il potere di stabilire quando un intervento armato sia "giusto", ovvero sancire chi combatta "nel giusto" e chi meriti invece una dura reprimenda<sup>59</sup>.

Fasi post – belliche di riconciliazione nazionale vedono sovente l'impiego di una "giustizia di transizione" (*transitional justice*), ovvero l'istituzione di organi giudiziari indipendenti che abbiano giurisdizione sui crimini commessi dalle parti in conflitto<sup>60</sup>. La funzione di questi tribunali, solitamente composti da giudici internazionali e affiancati da *truth commissions* per l'indagine su interi periodi storici e crimini di mi-

<sup>56</sup> Statuto di Roma della Corte penale Internazionale, 17 luglio 1998, UN Doc. A/CONF.183/9, artt. 8(2)(b)(iii) e 8(2)(e)(iii).

<sup>57</sup> Cfr. *Optional Protocol to the 1994 Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, 8 dicembre 2005, UN Doc. A/60/42, aperto alla firma il 16 gennaio 2006 (pross. pubbl.). Dichiarazione del Segretario Generale disponibile su <http://www.unis.univie.ac.at/pressrels/2005/sgsm10256.html>.

<sup>58</sup> Questo in quanto, nonostante le truppe ONU siano obbligate al rispetto del diritto umanitario, come riconosciuto dal Bollettino del Segretario Generale del 6 agosto 1999 per i contingenti militari che agiscono sotto comando e controllo dell'organizzazione, il bollettino stesso «does not affect the protected status of members of peacekeeping operations under the 1994 Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel or their status as non-combatants» (*op. cit.*, par. 1.2). Evidentemente, se lo status accordato ai *peacekeepers* secondo la convenzione giunge fino a considerare questi ultimi gli unici combattenti legittimi, i nemici catturati verranno considerati meri criminali.

<sup>59</sup> Questo è un tema caro all'analisi del prof. Zolo, che chiama i membri permanenti del Consiglio di sicurezza «i signori della pace» (D. Zolo, *I signori della pace*, cit., 141; cfr. anche *Id.*, *Cosmopolis*, cit., 21 ss.).

<sup>60</sup> Cfr. sul tema S. Linton, *Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice*, in *Criminal L. Forum*, 2001, 185 ss.; C. Stahn, *Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor*, in *Am. J. Int'l L.*, 2002, 952 ss.; *Ibid.*, *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, in *Leiden J. Int'l L.*, 2005, 425 ss.

nore entità, è quella della riconciliazione nazionale<sup>61</sup>. Ma, poiché tale giustizia di transizione rappresenta l'esercizio di un potere secondo rigidi parametri politici, ovvero quelli definiti dalla situazione politica post – bellica, essa sarà comunque limitata e parziale: ciò che viene ritenuto rispondente ad una rinnovata concezione della giustizia risulterà strettamente contingente e comunque inevitabilmente influenzato dalla precedente situazione di “ingiustizia”<sup>62</sup>. Il medesimo paradigma risulterà presente, *a fortiori*, nella definizione delle eventuali posizioni giudiziarie assunte dai responsabili di crimini, che potrebbero essere processati per atti compiuti nell'esercizio di funzioni istituzionali<sup>63</sup>. In tal caso, la possibilità concreta di applicare una sanzione, che dapprima vesta i panni dell'azione militare<sup>64</sup>, poi della sanzione penale, dipenderà dalla concreta vittoria sul campo di colui che intende irrogarla: si perde così ogni possibile nesso logico tra la coppia vincitore/perdente e quella giusto/ingiusto<sup>65</sup>. Pertanto, un nemico militarmente debole avrà ben poche *chances* di vedersi legittimato giuridica-

<sup>61</sup> Cfr. gen. sul tema G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (cur.) *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000.

<sup>62</sup> R. Teitel, *Transitional Jurisprudence, The role of law in political transformation*, in *Yale L. J.*, 1997, 2014.

<sup>63</sup> Trattasi del c.d. “paradigma di Norimberga”, considerato l'archetipo della giustizia penale del vincitore. Con il processo di Norimberga, le responsabilità dello stato per le atrocità commesse in guerra vengono per la prima volta poste in capo agli individui che le hanno ordinate o materialmente poste in essere (*ibid.*, 2038 ss.). Ciò spiega come mai le *elites* dominanti temano moltissimo i processi di *transitional justice* e le autorità internazionali stentino ad impiegarli efficacemente. Si prenda, ad esempio, l'Afghanistan, dove ancora nel 2006 tale processo viene bloccato dal fatto che potenti signori della guerra occupano i posti chiave nelle istituzioni nazionali (A. Deledda, *Afghanistan – The End of the Bonn Process*, in *Trans. Stud. Rev.*, 2006, 163), ovvero il Kosovo, dove all'ex Primo Ministro Ramush Haradinaj, arrestato nel 2005 per 37 capi di imputazione su ordine del procuratore del Tribunale per i crimini nell'ex Jugoslavia, sono stati subito concessi gli arresti domiciliari presso la sua abitazione privata non lontano da Peja. Nel contempo, lo stesso capo della missione ONU in Kosovo, Jessen – Petersen, si era detto «addolorato» di non poter più lavorare con un «amico» come Haradinaj (Cfr. UN News Centre, *UN administrator urges calm in Kosovo after premier is indicted for war crimes*, 8 marzo 2005).

<sup>64</sup> L'intervento che per antonomasia avrebbe dovuto vestire i panni della sanzione punitiva per violazione di obblighi internazionali è quello della I Guerra del Golfo. Sono note sul punto le iniziali posizioni favorevoli avanzate da Bobbio, che definiva la guerra come giuridicamente lecita in quanto fondata sul principio della legittima difesa ex art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. Il filosofo torinese rispondeva altresì alle critiche mossegli da alcuni colleghi filosofi (tra cui Massimo Cacciari e Danilo Zolo) ricordando come l'abbandono della teoria della guerra giusta fosse in realtà un modo per legittimare tutte le guerre, in assenza di parametri giuridici di riferimento (cfr. N. Bobbio, *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Venezia, Marsilio, 1991, in part. 10 ss., 39 ss., 55 ss.). Sulle problematiche giuridiche sollevate dalla Guerra del Golfo cfr. anche V. Lippolis, *La crisi del Golfo Persico in parlamento: le problematiche della guerra e le missioni all'estero*, in *Giur. cost.*, 1991, 1736 ss.; U. Villani, *L'intervento nella crisi del Golfo*, in P. Picone (cur.), *Interventi delle Nazioni Unite*, cit., 15 ss.

<sup>65</sup> G. de Vergottini, *op. cit.*, 141 – 142. L'autore citato riporta il pensiero di Bobbio sulla questione: «mentre una procedura giudiziaria conforme allo scopo deve essere organizzata in modo da permettere di vincere a chi ha ragione, la guerra è, di fatto, una procedura che permette di aver ragione a chi vince».

mente. A ben vedere, ancora una volta la mera *debellatio* del nemico trasla dal piano del confronto militare a quello dell'imputazione giudiziaria<sup>66</sup>. Declinano verso lo stesso paradigma le guerre c.d. "umanitarie" della Bosnia e del Kosovo<sup>67</sup>. Riguardo ad esse, si sono scritti fiumi di letteratura<sup>68</sup>. Allo stesso modo si è speso ogni genere di giudizio sulla legittimità dei tribunali internazionali *ad hoc* e sulla Corte penale internazionale dell'Aia<sup>69</sup>. Non occorrerà pertanto approfondire oltre l'analisi sul tema, mentre potranno utilmente esaminarsi i cambiamenti intervenuti all'indomani dell'11 settembre 2001, con l'inizio della c.d. *Global War on Terrorism* (GWOT).

3. – L'effetto immediato dell'attacco kamikaze alle *Twin Towers* e al Pentagono, è la reale consapevolezza, da parte dell'attore egemone sulla scena internazionale, gli Stati Uniti, della propria vulnerabilità ad attentati terroristici. E' il trionfo della minaccia asimmetrica<sup>70</sup>. Come conseguenza immediata, si è avuta presto la percezione che un nemico subdolo, conosciuto, ma non contrastato a dovere<sup>71</sup>, avesse sferrato un

<sup>66</sup> Si può rimandare utilmente alla critica mossa nel 1977 da H. Bull nella sua *Anarchical Society* (trad. it., *op. cit.*, 106 – 107).

<sup>67</sup> Secondo il prof. Zolo, la guerra del Kosovo ha accelerato il processo di svuotamento delle Nazioni Unite, confinando l'organizzazione in un ruolo di mera ratifica di decisioni prese dalle grandi potenze (D. Zolo, "Chi dice umanità". *Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, Einaudi, 2000, 102).

<sup>68</sup> Cfr., ad esempio, V. Grado, *Il Consiglio di Sicurezza e la crisi iugoslava*, in P. Picone (cur.), *Interventi delle Nazioni Unite*, cit., 149 ss.; A. Cassese, *Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *Eur. J. Int'l L.*, 1999, 23 ss.; N. Ronzitti (cur.), *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2000; P. Weckel, *L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée*, in *Rev. Gén. Droit Int. Public*, 2000, 21 ss.; P. Picone, *La guerra del Kosovo*, cit.; G. Palmisano, *L'ammissibilità del ricorso alla forza armata a fini umanitari e la guerra del Kosovo*, in *La comunità internazionale*, 2003, 19 ss.

<sup>69</sup> Cfr. da ultimo, A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco (cur.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, Giappichelli, 2005; S. Zappalà, *La giustizia penale internazionale. Crimini di guerra e contro l'umanità: da Norimberga alla Corte Penale Internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2005; D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma – Bari, Laterza, 2006. Cfr. inoltre G. Carella, *op. cit.*, 463 ss.; A. Cassese, *Il Tribunale penale internazionale dell'ONU per i crimini nel Ruanda*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 294 ss.; *Ibid.*, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *Eur. J. Int'l L.*, 1999, 144 ss.; M. Vitucci, *Il Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia e il consenso degli Stati*, Milano, Giuffrè, 1998; F. Lattanzi, *La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex – Jugoslavia sulle giurisdizioni interne*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 597 ss.; M. Caianiello, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei tribunali ad hoc*, in G. Illuminati et al. (cur.), *op. cit.*, 137 ss.; G. Illuminati, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: Linee generali*, in *ibid.*, 119 ss.; G. Calvetti, T. Scovazzi (cur.), *Dal Tribunale per la ex – Jugoslavia alla Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>70</sup> Sulla guerra, c.d. "asimmetrica", valga il classico di Q. Liang e W. Xiangsui, *Guerra senza limiti. L'arte della guerra asimmetrica fra terrorismi e globalizzazione* (trad. it., a cura di F. Mini, Gorizia, Libreria Editrice Goriziana, 3<sup>a</sup> ed., 2004).

<sup>71</sup> Basterà ricordare il precedente attentato del 1993 alle stesse *Twin Towers*, l'attentato contro il quartier generale statunitense a Riyadh in Arabia Saudita nel 1995, l'attacco alle ambasciate di Kenya e Tanzania nel 1998, e al cacciatorpediniere USS Cole nello Yemen nel 2000, tutti di matrice islamica. Inoltre, già prima dell'11 settembre 2001, «in cinque diverse occa-

attacco armato<sup>72</sup> contro l’America e si preparasse ad attaccare i suoi interessi nel resto del mondo. La risposta degli Stati Uniti è stata prevalentemente militare e all’approccio multilaterale è stato preferito quello bilaterale<sup>73</sup>, mettendo da parte le alleanze consolidate e affidandosi ad una “coalizione di volenterosi”<sup>74</sup>. Il conflitto, globale e de – spazializzato<sup>75</sup>, si è rivolto inizialmente contro, da un lato, l’Afghanistan, reo di aver garantito ai terroristi *safe heavens* e finanziamenti per poter colpire<sup>76</sup>, dall’altro, l’organizzazione Al Qaeda, responsabile diretta degli attacchi<sup>77</sup>. Dopo alcune incertezze iniziali, il conflitto con quest’ultima è stato difatti mantenuto, da parte

---

sioni, il Presidente Clinton aveva ordinato alla CIA di smembrare e distruggere Al Qaeda» (B. Woodward, *Piano d’attacco*, Milano, Sperling & Kupfer, 2004, 19).

<sup>72</sup> Si ricordi come la NATO, in due distinti comunicati, rispettivamente del 12 settembre e del 2 ottobre 2001 abbia definito gli attentati un attacco armato che richiedeva l’attivazione del sistema di sicurezza collettiva di cui all’art. 5 del Trattato nord – atlantico. Lo stesso meccanismo di difesa collettiva è stato invocato dall’Organizzazione degli stati americani il 21 settembre 2001. Il Consiglio di sicurezza dell’ONU, da parte sua, con due risoluzioni, la 1368 e la 1373, adottate rispettivamente il 12 e il 28 settembre 2001, ha condannato gli attentati come una minaccia alla pace e alla sicurezza, ha riaffermato il diritto naturale di autodifesa individuale e collettiva e ha imposto agli stati membri il divieto di finanziamento e supporto logistico delle organizzazioni terroristiche (cfr. C. Stahn, *International Law at a Crossroads? The Impact of September 11*, in *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Rechts und Völkerrecht*, 2002, 185 e 214). La letteratura internazionalistica sugli attacchi é sterminata. Sulla critica all’utilizzo delle citate risoluzioni come base giuridica per la successiva *Enduring Freedom* cfr. C. Stahn, *Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say*, disponibile su [www.ejil.org/forum\\_WTC](http://www.ejil.org/forum_WTC). Sulla configurabilità di un attacco armato cfr. *Ibid.*, *International Law at a Crossroads?*, cit., 183 ss.; G. Gaja, *In What Sense was There an "Armed Attack"?* e F. Mégret, *"War"? Legal Semantics and the Move to Violence*, disponibili su [www.ejil.org/forum\\_WTC](http://www.ejil.org/forum_WTC); S. D. Murphy, *Terrorism and the Concept of "Armed Attack"*, in *Harvard Int'l L. J.*, 2002, 42 ss.; *Ibid.*, *International Law, the United States and the Non – military "War" against Terrorism*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2003, 347 ss.; T. M. Franck, *Terrorism and the Right of Self Defense*, in *Am. J. Int'l L.*, 2001, 839 ss.

<sup>73</sup> F. Mini, *op. cit.*, 190.

<sup>74</sup> *Enduring Freedom* inizia il 7 ottobre 2001, con i bombardamenti statunitensi e britannici sull’Afghanistan. L’inizio delle operazioni militari è confermato con una lettera dell’Amb. J. Negroponte, rappresentante permanente USA alle Nazioni Unite, al Presidente del Consiglio di sicurezza (UN Doc. S/2001/946 del 7 ottobre 2001; riprodotta in *Am. J. Int'l L.*, 2002, 245).

<sup>75</sup> Per alcuni, un conflitto egemonico e non più limitato dal diritto, quindi illimitato (D. Zolo, *Dalla guerra moderna alla guerra globale*, in L. Bimbi (cur.), *Not in my name*, Roma, Editori Riuniti, 2003, 199), per altri considerato come lo spartiacque tra età moderna ed età globale, dove l’economia prevale sulla politica (C. Galli, *La guerra globale*, Roma – Bari, Laterza, 2002, in part. 55 ss. e 70).

<sup>76</sup> Tale considerazione devia profondamente dal concetto tradizionale di responsabilità statale, poiché è basata sull’assunto che uno stato possa essere l’oggetto di un attacco in legittima difesa solo per il fatto di ospitare terroristi. Non sono infatti state fornite prove del controllo esercitato dal regime talebano nei confronti dell’organizzazione di Bin Laden, tale da poter configurare un intervento negli affari interni di uno stato straniero o un’aggressione indiretta ai sensi dell’art. 3(g) della risoluzione dell’Assemblea Generale dell’ONU del 1974. Sul punto cfr. C. Stahn, *International Law at a Crossroads?*, cit., 216 ss.

<sup>77</sup> Cfr. UN Doc. S/2001/946, *op. cit.*

statunitense, formalmente distinto da quello contro il regime talebano, per poter giungere ad affermare il diverso trattamento giuridico degli individui catturati nelle operazioni e, in generale, la non applicabilità (mutata poi in non azionabilità<sup>78</sup>) del diritto umanitario nei confronti dei membri di Al Qaeda, definiti meri “combattenti nemici” (*enemy combatants*)<sup>79</sup>. Poiché la guerra veniva mossa non solo contro uno stato, ma contro «una serie indistinta di individui immersi nel corpo della società mondiale»<sup>80</sup>, di fatto si inizia, per ciò stesso, a perdersene lo scopo<sup>81</sup>. La guerra cessa di essere un gioco a somma zero, per diventare guerra “sistemica”, senza neutralità e interminabile<sup>82</sup>, ideologica e paragonata alla Guerra fredda<sup>83</sup>. Cambiano inoltre gli elementi costitutivi della figura del “nemico”: chi non assiste gli USA nella lotta contro il nuovo avversario globale, irrazionale e indefinito, chi non crede nell’unica opzione possibile, ovvero l’uso dello strumento militare, chi non ha fede nella nuova missione globale americana, risulta esso stesso un avversario<sup>84</sup>. Tale deriva irrazionale e neo – confessionale si fonda su una commistione delle teorie polemologiche finora evidenziate: al

<sup>78</sup> Di fronte alla lacunosità delle argomentazioni giuridiche addotte a sostegno della impossibilità di ricorrere innanzi le Corti federali da parte dei sospetti terroristi detenuti nella base di Guantanamo, diverse corti americane hanno affermato che, sebbene tale ricorso potesse teoricamente esperirsi, sarebbe comunque rimasta inalterata l’impossibilità per gli imputati di invocare le garanzie di cui alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Sul punto cfr. M. Tondini, *Hamdan v. Rumsfeld. Se il diritto si svuota dei suoi contenuti*, in *Forum di Quad. cost.*, disponibile su <http://www.forumcostituzionale.it>.

<sup>79</sup> A seguito delle critiche internazionali rivolte al governo americano in relazione all’iniziale rifiuto di questo di accordare ai prigionieri talebani e di Al Qaeda lo status di prigionieri di guerra, il Presidente Bush ha successivamente dichiarato pubblicamente che le garanzie previste nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 potevano applicarsi solo in relazione ai combattenti talebani. Nelle parole della relazione presentata il 15 aprile 2002 dal governo USA in risposta alle richieste della Commissione interamericana sui diritti dell’uomo, si legge che gli appartenenti all’organizzazione terroristica non godrebbero dei benefici previsti dall’art. 4 della III Convenzione, relativo alla determinazione dello status di *prisoner of war*, per la mancanza di segni distintivi al momento della cattura, per la violazione delle leggi e dei costumi di guerra e, generalmente, poiché né Al Qaeda rappresenta un’entità statale, né si ha notizia che abbia mai accettato di sottoporsi volontariamente alla Convenzione (C. Stahn, *International Law at a Crossroads?*, cit., 201). La definizione di *enemy combatant* è stata utilizzata per la prima volta dalla Corte Suprema americana nel 1942 in *ex parte Quirin*, in cui la Corte dovette pronunciarsi sulla legittimità di un processo celebrato da apposite commissioni militari, istituite dal Presidente americano, per processare otto sabotatori nazisti, catturati a Long Island (New York). Il testo della sentenza è disponibile su <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/317/1.html>.

<sup>80</sup> S. Senese, *Uno sguardo sul XXI secolo. Il ruolo delle Nazioni Unite. Universalità e globalità*, in L. Bimbi (cur.), *op. cit.*, 225.

<sup>81</sup> Come precisato da Giampiero Buonomo, «in altri termini, l’etichetta di “belligeranza” serve ai fini interni per scavalcare le garanzie costituzionali vigenti in tempo di pace, ma non è sufficiente per attivare le garanzie che l’ordinamento internazionale appresta per il tempo di guerra» (G. Buonomo, *L’ordinamento giuridico internazionale dopo Guantanamo*, in *Questione giustizia*, 2/2005, 337 – 338).

<sup>82</sup> Cfr. C. Galli, *op. cit.*, in particolare 28 ss. e 84.

<sup>83</sup> Così D. Frum e R. Pearle, *Estirpare il male: Come vincere la guerra contro il terrore*, Torino, Lindau, 2004, 175.

<sup>84</sup> F. Mini, *op. cit.*, 115.

ritorno dell'uso della forza in mano agli stati (o almeno ad alcuni)<sup>85</sup>, svincolati da obblighi multilaterali o imposti dalle organizzazioni internazionali di cui sono membri<sup>86</sup>, si affianca il recupero del concetto di guerra giusta, giustificata però in chiave teleologica e messianica<sup>87</sup>. La distanza tra la guerra "legale", scesa *de facto*<sup>88</sup> in secondo piano, e quella "giusta", viene a misurarsi nell'auto – valutazione, da parte dell'attore egemone, della fondatezza delle ragioni che lo hanno spinto al conflitto<sup>89</sup>, mentre la formazione di coalizioni *ad hoc*, sotto la guida americana, comporta che solo gli Stati Uniti possano riservarsi il diritto di scegliere il "nemico", spogliando di tale potere gli stati nazionali inclusi nella propria orbita<sup>90</sup>. Quanto più questa risulterà vasta, in assenza di un blocco contrapposto di eguale potere, tanto più il "nemico" perderà ogni legittimità ed ogni tutela, in quanto nemico della "comunità internazionale" stretta attorno al "Leviatano"<sup>91</sup>. Come conseguenza, «il nemico diviene criminale, la guerra penetra i confini, pervade il diritto interno, la pace non è assicurata in nessun luogo»<sup>92</sup>. Inoltre, il recupero, per certi versi, del principio della guerra giusta come cardi-

<sup>85</sup> G. de Vergottini, *op. cit.*, 133.

<sup>86</sup> Emblematica, in tal senso, la frase pronunciata dal Presidente Bush all'Assemblea Generale delle N.U., il 12 settembre 2002: «*We will work with the U.N. Security Council for the necessary resolutions. But the purposes of the United States should not to be doubted*» (President's Remarks at the United Nations General Assembly, disponibile su <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html>).

<sup>87</sup> Cfr. *infra*, nota 12. Esempio evidente della deriva messianica è costituito, ad esempio, dalla genesi dell'espressione "asse del male", scritta da Michael Gerson e usata dal Presidente Bush nel suo discorso sullo stato dell'Unione del 29 gennaio 2002, per indicare un gruppo di stati, quali la Corea del Nord, l'Iran e l'Iraq, alleati delle organizzazioni terroristiche, che «si sta armando per minacciare le nazioni che vivono in pace» (Cfr. sul tema B. Woodward, *op. cit.*, 95 ss.).

<sup>88</sup> Per lo meno formalmente, infatti, sia la guerra contro l'Afghanistan, che quella contro l'Iraq sono state giustificate come eccezioni previste dal sistema di sicurezza collettivo delle N.U., ovvero come in linea con il dettato delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Mentre, come visto, la guerra in Afghanistan è stata giustificata ricorrendo al concetto di legittima difesa (anche se poi, nel concreto, non ne sono stati rispettati i parametri di proporzionalità, necessità e immediatezza), la guerra in Iraq è stata formalmente intrapresa da Stati Uniti, Regno Unito e Australia facendo riferimento alla rottura, da parte irachena, del cessate il fuoco, stabilito dopo la prima Guerra del Golfo dalla risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 687 (1991) (cfr. Secretary Colin Powell, *Briefing on Situation With Iraq*, Washington, DC, 17 marzo 2003; *Memorandum of Advice on the Use of Force Against Iraq*, provided by the Attorney General's Department and the Department of Foreign Affairs and Trade, 18 marzo 2003; *Statement by the Attorney General, Lord Goldsmith, in answer to a parliamentary question*, 18 marzo 2003). Nelle parole dei governi della coalizione quindi, formalmente, non c'è traccia alcuna di discontinuità con le regole dello *ius ad bellum* tradizionale.

<sup>89</sup> G. de Vergottini, *op. cit.*, 121.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 145.

<sup>91</sup> *Enduring Freedom* può considerarsi, non a caso, la più grande coalizione mai realizzata, con il contributo di circa 70 paesi. Si pensi infatti che già nel marzo 2002, circa 17000 uomini, provenienti da 17 paesi, avevano preso parte all'offensiva americana in Afghanistan (dati disponibili su [http://www.globalsecurity.org/military/ops/enduring-freedom\\_orbat-01.htm](http://www.globalsecurity.org/military/ops/enduring-freedom_orbat-01.htm)).

<sup>92</sup> G. Montedoro, *Il nomos della terra letto da M. S. Giannini e M. Nigro*, in *Riv. Scuola sup. econ. finanze*, 3/2004, 92. Osserva l'autore come «nel mondo preglobale è possibile la distin-

ne ispiratore del conflitto implica che la ricostruzione post – bellica si elevi ad elemento centrale del dibattito etico sulla legittimità dell'intervento<sup>93</sup>: il nemico sconfitto dovrà essere rimpiazzato con un'autorità che rispetti i medesimi principi politici del vincitore, unico "giusto" eticamente inteso.

3.1. – Sul piano giuridico interno, il 13 novembre 2001, con l'emanazione del *President's Military Order*, il reato di terrorismo viene definito un crimine di guerra e la lotta contro di esso assurge al rango di conflitto armato<sup>94</sup>: una guerra dove non c'è spazio per alcuna legittimazione, dal momento che gli unici atti che il nemico contro cui si combatte può commettere vengono qualificati come atti terroristici e dunque atti in violazione delle leggi di guerra<sup>95</sup>. Peraltro, l'Ordine in parola riconosce ai soli cittadini americani appresi in costanza delle operazioni militari anti – terrorismo un processo davanti ad una Corte federale, sottoponendo i non cittadini alla detenzione in basi militari e alla giurisdizione di apposite commissioni militari<sup>96</sup>. Catturati nel corso di un conflitto, definito dall'amministrazione USA «internazionale nello scopo», ma non qualificabile giuridicamente come conflitto armato internazionale *tout court*<sup>97</sup>, per

---

zione fra amico e nemico, il nemico è *iustus hostis*, con il conseguente trattamento garantito dal diritto bellico. Nell'epoca del terrorismo globale anche queste distinzioni saltano».

<sup>93</sup> S. Recchia, *Guerra giusta e interventi umanitari: un approccio moderatamente consequenzialista*, in *Teoria politica*, 2006, 91.

<sup>94</sup> Identico contenuto aveva la risoluzione congiunta del Congresso che conferiva al Presidente Bush poteri straordinari. Cfr. D. Stoelting, *Military Commissions and Terrorism*, in *Denv. J. Int'l L. & Pol.*, 2003, 427; T. E. Frosini, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2005, 1647.

<sup>95</sup> Il terrorista può essere definito, difatti, come un individuo o un'organizzazione che commette attentati terroristici. Se questi ultimi sono un crimine di guerra, ed i terroristi criminali, non c'è spazio per nessuna eventuale valutazione di legittimità per le azioni poste in essere: «sarebbe perciò in corso un conflitto armato internazionale contro un "nemico" belligerante, sapendo già a priori che egli non possiede uno qualsiasi degli elementi atti ad integrare i criteri di riconoscimento del "nemico" belligerante» (G. Buonomo, *op. cit.*, 337). Il *Military Order n. 1*, comprensivo del *President's Military Order* del 13 novembre 2001, relativo alla "detenzione, al trattamento ed al processo di determinati soggetti, non cittadini, nella guerra contro il terrorismo", è disponibile su <http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>.

<sup>96</sup> In base alla sez. 2 del *Military Order*, le disposizioni contenute nell'atto in parola vengono applicate ad «ogni individuo che non sia cittadino statunitense e che appartenga all'organizzazione di *Al Qaeda* o sia coinvolto in qualsiasi modo in azioni terroristiche». Lo status di "combattente nemico" è precisato alla sez. 4(a). Ispiratore dell'utilizzo di commissioni militari per giudicare i nemici combattenti pare sia stato l'allora consigliere giuridico della Casa bianca Alberto Gonzales, futuro Ministro della Giustizia. Nello scrivere il testo del *Military Order*, Gonzales non si sarebbe avvalso dell'esperienza degli avvocati militari del Dipartimento della difesa, allontanati dalla redazione dell'ordine a causa delle posizioni prese a favore dell'applicazione delle regole procedurali proprie dei tribunali militari "ordinari" alle citate commissioni militari "speciali" (T. Golden, *After Terror, A Secret Rewriting of Military Law*, in *New York Times*, 24 ottobre 2004, A1).

<sup>97</sup> Questo al fine di tentare, da un lato, di limitare l'applicazione del diritto dei conflitti armati internazionali, dall'altro, di escludere le garanzie comunque previste per i conflitti armati interni, quali, ad es. l'art. 3 comune delle 4 Convenzioni di Ginevra del 1949, che avrebbe impedito l'approvazione delle regole di procedura delle commissioni militari insediate dal Presidente Bush. Tale giuridicamente maldestro tentativo sarà bloccato definitivamente con la

via della mancanza di soggettività internazionale di *Al Qaeda*<sup>98</sup>, i “nemici combattenti” non avrebbero avuto accesso alle garanzie previste dal diritto umanitario<sup>99</sup>. Ciò anche in forza dei poteri straordinari conferiti al Presidente americano quale *commander in chief*, i quali giungevano a contemplare l’uso «di tutta la forza necessaria ed appropriata contro quelle nazioni, organizzazioni o persone *egli* riten(esse) che (avessero) pianificato, organizzato, commesso o favorito gli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001, ovvero dato rifugio a tali organizzazioni o persone, allo scopo di prevenire futuri atti di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti»<sup>100</sup>. Sulla stessa linea il *Patriot Act*<sup>101</sup> prevedeva un aumento delle capacità di sorveglianza e acquisizione dati per le autorità federali, ampliando nel contempo la definizione di terrorismo e dei reati connessi, ma contemplando anche provvedimenti amministrativi di fermo ed espulsione per individui sospettati di attività che potessero ledere la sicurezza nazionale americana, accanto ad ipotesi di detenzioni extragiudiziali<sup>102</sup>. Il *Patriot Act* era stato adottato come legislazione d’emergenza e destinato quindi ad una validità temporanea<sup>103</sup>. Il Congresso americano ne ha invece recentemente reso permanenti la quasi totalità delle disposizioni, rafforzando così i poteri di polizia in mano all’esecutivo<sup>104</sup>.

---

sentenza della Corte Suprema nel caso *Hamdan v. Rumsfeld*, del 29 giugno 2006, che stabilisce, *inter alia*, l’applicabilità di detta disposizione agli individui catturati nelle operazioni militari antiterrorismo (U.S. Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et al.*, caso n. 05 – 184, 29 giugno 2006, par. IV(D)(ii) (p. 66), disponibile su <http://www.supremecourt.us/opinions/05pdf/05-184.pdf>).

<sup>98</sup> Sul punto cfr. il *Memorandum for the Vice President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, et al.*, del 7 febbraio 2002, preparato dall’Ufficio dell’*Attorney General*, disponibile su [http://www.library.law.pace.edu/research/020207\\_bushmemo.pdf](http://www.library.law.pace.edu/research/020207_bushmemo.pdf).

<sup>99</sup> E quindi neanche quelle di cui all’art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che espressamente proibisce, nel corso di conflitti armati non internazionali, «le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili» (co. 2(d)).

<sup>100</sup> S.J. Resolution 23, *Authorization for Use of Military Force*, 18 settembre 2001, P.L. 107 – 40, sez. 2(a).

<sup>101</sup> *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, H.R. 3162, 24 ottobre 2001, P.L. 107 – 56.

<sup>102</sup> Cfr. D. Jinks e D. Sloss, *Is the President Bound by the Geneva Conventions?*, in *Cornell L. Rev.*, 2004, 135; C. Bassu, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, on line paper dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, disponibile su [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo\\_canada/index.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo_canada/index.html).

<sup>103</sup> Secondo la sez. 224, circa 200 articoli della legge in parola sarebbero decaduti entro il 31 dicembre 2005. La sez. 805(a)2B dell’atto, riguardante il divieto di sostegno finanziario o di consulenza a vantaggio di organizzazioni terroristiche, è stata dichiarata incostituzionale da parte di una Corte distrettuale della California (US District Court, Central District of California, *Humanitarian Law Project et al. c. John Ashcroft et al.*, 22 gennaio 2004), poiché contraria al primo emendamento della Costituzione, che garantisce la libertà di espressione (Cfr. V. Tamburrini, *Un giudice federale dichiara incostituzionale una parte del Patriot Act*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004, 835 ss.).

<sup>104</sup> Dopo due proroghe, l’ultima delle quali destinata a scadere il 10 marzo 2006, il Congresso degli Stati Uniti approvava a vasta maggioranza (89 a 11 al Senato e 280 a 138 alla Camera)

Gli sviluppi sul piano interno ed internazionale delle decisioni prese dall'esecutivo americano, confermano le teorie neorealiste sulla "condotta immorale" da parte dei governanti, qualora questi si trovino a fronteggiare le sfide imposte da un sistema internazionale instabile<sup>105</sup>. Tali teorie finiscono peraltro per avvicinarsi e sovrapporsi a quelle di taluni *liberal*, con riferimento alle azioni propugnate in concreto per fronteggiare il nuovo nemico, quali, ad esempio, quelle implicanti l'uso e la regolamentazione della tortura sui prigionieri catturati nella GWOT<sup>106</sup>. Poiché infatti il nemico terrorista non godrebbe di alcuna legittimità o garanzia, due sembrerebbero le soluzioni più immediate per allontanare il pericolo e ricavare informazioni utili a scongiurare nuove stragi da parte di un avversario ideologicamente tanto determinato<sup>107</sup>: l'espulsione coatta dal territorio nazionale per i cittadini stranieri, a mezzo di misure di sicurezza extragiudiziarie<sup>108</sup> o veri e propri sequestri, come nel caso delle *forcible*

---

il rinnovo della legge, con cui venivano rese permanenti tutte le disposizioni originariamente incluse, eccetto due (che comunque verranno meno solo nel 2009), relative all'intercettazione di comunicazioni su nastro, e alla possibilità del sequestro dei registri contabili ai sensi del *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) (risp. sez. 206 e 215). Al momento dell'apposizione della propria firma sulla legge in questione (P.L. 109 – 177), il 9 marzo 2006, il Presidente Bush aveva firmato un *signing statement*, indicante i propri convincimenti sull'interpretazione delle disposizioni ivi incluse, suscitando critiche per l'intenzione di non comunicare al Congresso le modalità di utilizzo dei contemplati più estesi poteri di polizia da parte dell'FBI (cfr. sul tema *President aims to nullify new USAPA reporting requirements via signing statement*, disponibile su <http://freegovinfo.info/node/435>; R. Miraglia, *Dal Senato USA via libera al Patriot Act*, in *Sole 24 ore*, 3 marzo 2006, 6).

<sup>105</sup> Su tutti, K. N. Waltz, *L'uomo, lo stato e la guerra: Un'analisi teorica*, Milano, Giuffrè, 1998, 193: «La condotta morale è una cosa entro un sistema che fornisce sicurezza in quantità e secondo modalità prevedibili; altra cosa quando manca tale sicurezza».

<sup>106</sup> Sul tema, emblematica rimane l'opera del celebre avvocato americano Alan M. Dershowitz: *Why Terrorism Works*, New Haven, Yale University Press, 2002 (trad. it., *Terrorismo: Capire la minaccia, rispondere alla sfida*, Roma, Carocci, 2003).

<sup>107</sup> Il fondamento ideologico dell'azione terrorista, dato per scontato nelle analisi di molti autori, possiede, in realtà, un valore fondamentale nella risposta degli stati al terrorismo, che sarà allora altrettanto ideologicamente motivata. In realtà, l'analisi del fenomeno terroristico secondo un'unica chiave di lettura impedisce la considerazione di ulteriori fattori scatenanti, quali, ad esempio, quelli scaturenti dall'eventuale stato di occupazione o conflitto armato in cui esso si verifica. Cfr. sul tema R. A. Pape, *The Strategic Logic of Suicide Terrorism*, in *Am. Pol. Science Rev.*, 2003, 343 ss.; D. Zolo, *Le ragioni del "terrorismo globale"*, in *Iride*, 2005, 484; V. Fontan, *Polarization Between Occupier and Occupied in Post – Saddam Iraq: Colonial Humiliation and the Formation of Political Violence*, in *Terrorism & Political Violence*, 2006, 217 ss.

<sup>108</sup> La sez. 412 del *Patriot Act*, che va a modificare l'*Immigration and Nationality Act*, prevede un procedimento di espulsione per i cittadini stranieri sulla base anche della sola commissione di atti che mettono a rischio la sicurezza nazionale degli Stati Uniti, attestati da una mera dichiarazione dell'*Attorney General*. A seguito di un fermo di polizia che può durare anche fino a 7 giorni, il sospettato di attività terroristiche può essere espulso o incriminato, ovvero, in mancanza, sottoposto a misure di sicurezza custodiali extragiudiziarie, fino a sei mesi. Al termine dei sei mesi di custodia, l'*Attorney General* valuta, in maniera del tutto discrezionale, la sussistenza degli elementi di pericolosità ed eventualmente reitera la misura di sicurezza. Tale norma apre le porte alla detenzione infinita di sospettati di attività terroristiche.

*abductions*<sup>109</sup>, ovvero l'uso della coazione fisica e mentale, anche "appaltata" a servizi di sicurezza di paesi terzi (*extraordinary renditions*<sup>110</sup>), per acquisire informazioni volte ad evitare futuri attacchi.

3.2. – L'uso di tecniche coercitive sui "nemici combattenti" si è rivelata una delle questioni giuridiche più controverse per l'esecutivo americano. Poiché infatti si tratterebbe di prigionieri catturati in un conflitto armato non internazionale<sup>111</sup>, senza che però essi possano accedere alle garanzie minime comunque previste dal diritto umanitario per i conflitti interni<sup>112</sup>, il problema dell'uso di pratiche coattive investe l'eventuale applicazione residuale dei diritti dell'uomo<sup>113</sup>, ivi compreso il divieto di tortura<sup>114</sup>. Per superare l'*impasse* giuridica sull'uso di tecniche coattive negli interrogatori, l'amministrazione americana ha, dapprima, cercato di utilizzare un lessico diverso da quello della Convenzione di New York contro la tortura<sup>115</sup> per qualificare le

<sup>109</sup> Ovvero il rapimento di individui stranieri portati a forza innanzi l'autorità giudiziaria ordinaria (ovvero militare/speciale nel caso di cittadini stranieri) statunitense per essere sottoposti a giudizio. Si vedano sul tema: S. Borelli, *Terrorism and Human Rights: Treatment of Terrorist Suspects and Limits on International Co-operation*, in *Leiden J. Int'l L.*, 2003, 803 ss.; A. J. Calica, *Self-Help Is the Best Kind: the Efficient Breach Justification for Forcible Abduction of Terrorists*, in *Cornell Int'l L. J.*, 2004, 389 ss.

<sup>110</sup> Cfr. sul tema S. Macpherson Watt, *Torture, "Stress and Duress" and Rendition as Counter-Terrorism Tools*, in R. Meeropol (cur.), *America's Disappeared: Detainees, Secret Imprisonment, and the "War on terror"*, New York, Seven Stories Press, 2005, 72 ss.

<sup>111</sup> Per i conflitti armati internazionali la III Convenzione di Ginevra del 1949 prevede garanzie incompatibili con il trattamento ricevuto dai prigionieri nella GWOT. In particolare l'art. 13 prevede l'obbligo di trattamento umano, l'art. 17 il divieto dell'uso di tecniche coercitive o della tortura per estorcere informazioni, l'art. 87 il divieto di punire i prigionieri con pene diverse da quelle in vigore per gli stessi fatti nei confronti dei membri delle forze armate dello stato detentore.

<sup>112</sup> Come quelle previste dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, che prevede l'obbligo del trattamento umano (co. 1), il divieto di «violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente (...) le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi (e ...) gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti» (lett. (a) e (c)).

<sup>113</sup> Tra i trattati ratificati dagli Stati Uniti, si veda in proposito l'art. 7 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, che prevede come «nessuno (possa) essere sottoposto a tortura né a punitzioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti», ovvero l'art. 10(1) dello stesso accordo, che prevede per i detenuti un trattamento umano e dignitoso. Si veda ancora l'art. 5(2) della Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969, riportante disposizioni di equal tenore. I testi in italiano dei principali trattati sui diritti dell'uomo sono disponibili su <http://www.centrodirittiumani.unipd.it>.

<sup>114</sup> Si veda in particolare l'art. 2(2) della Convenzione di New York contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984: «Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura». L'art 3(1) appare ancora più emblematico per affermare l'assoluta illiceità delle *renditions* forzate verso paesi terzi: «nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura».

<sup>115</sup> L'art. 1(1) della Convenzione, che può ritenersi a tutti gli effetti *jus cogens*, definisce la tortura come

pratiche coercitive poste in essere<sup>116</sup>; poi ne ha giustificato l'uso, incentrando la propria difesa sull'extraterritorialità dei luoghi ove gli interrogatori venivano materialmente condotti<sup>117</sup>, ovvero sullo stato di emergenza in essere nel paese, in ultima analisi, riservando un valore prevalente e, per così dire, di norma primaria, agli ordini presidenziali rispetto ad ogni altra fonte di diritto<sup>118</sup>. In questo senso, nonostante noto-

---

«qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla (...), di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, (...) qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito».

Cfr. sul tema T. Thienel, *The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2006, 350 – 351.

<sup>116</sup> Un buon esempio di tale tentativo è fornito da un memorandum del 1 agosto 2002, preparato da Jay S. Bybee, capo dell'Ufficio del consigliere giuridico del Ministro della Giustizia per Alberto R. Gonzales, consigliere del Presidente e futuro *Attorney General*. Secondo l'interpretazione di Bybee dell'art. 2340A dello *U.S. Code*, che dà attuazione alla Convenzione contro la tortura del 1984, vi possono essere degli atti che, non assurgendo al rango di atti di tortura per via del livello di dolore o sofferenza fisica o mentale inferiore a quello previsto, possono non essere interpretati come tortura *tout court*. Secondo il memorandum di Bybee, vi possono essere atti crudeli, inumani o degradanti, che non producono però il dolore o la sofferenza necessari per costituire atti di tortura (Office of the Assistant Attorney General, *Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President*, Washington, D.C., 1 agosto 2002, 1). Sul punto, cfr. A. Lewis, *Legalizzare la tortura*, in *Rivista dei libri*, 10/2004, 4. Il memorandum in parola era stato pubblicato per la prima volta dal *Washington Post* nel 2004 (D. Priest e R. J. Smith, *Memo Offered Justification for Use of Torture*, in *Washington Post*, 8 giugno 2004, A01; D. Priest, *Justice Dept. Memo Says Torture "May Be Justified"*, 13 giugno 2004, disponibile su <http://www.washingtonpost.com>). In conseguenza delle proteste suscitate, il Memorandum dell'agosto 2002 è stato successivamente sostituito da un altro provvedimento di diverso tenore alla fine del 2004 (Office of the Assistant Attorney General, *Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General*, 30 dicembre 2004). Infine, a seguito della sentenza della Corte Suprema sul caso *Hamdan*, il 7 luglio 2006 il Sottosegretario alla difesa Gordon England ha firmato ed esteso ai Comandi subordinati un memorandum con il quale si proibiscono «gli oltraggi alla dignità umana, compresi i trattamenti umilianti e degradanti» sui prigionieri della guerra al terrore (E. Caretto, *Gli USA: «I diritti di Ginevra per tutti i nostri detenuti»*, in *Corriere della Sera*, 12 luglio 2006, 19).

<sup>117</sup> La tesi dell'extraterritorialità di Guantanamo e dell'impossibilità per le Corti federali di ricevere istanze di *habeas corpus* da parte di stranieri detenuti al di fuori del territorio sovrano degli Stati Uniti è stata rigettata dalla Corte Suprema il 28 giugno 2004 nel caso *Rasul v. Bush* (cfr. T. E. Frosini, *op. cit.*, 1661).

<sup>118</sup> La tesi per cui «(p)orre limiti al potere supremo del Presidente degli Stati Uniti per quanto concerne le operazioni militari, ivi compreso il trattamento dei prigionieri, sarebbe un atto dubbio dal punto di vista costituzionale» è imputabile al prof. J. Yoo, dell'Università di Berkeley, che, quale *deputy – assistant* dell'Ufficio del consigliere giuridico del Ministro della Giustizia, assieme al suo assistente R. Dalahunty, il 9 gennaio 2002 inserì tale nota in una relazione per William J. Haynes II, capo – consigliere giuridico del Dipartimento della difesa (*Application of Treaties and Law to Al Qaeda and Taliban Detainees*, Washington, DC, 9 gennaio 2002, 42). Il medesimo principio è riportato nel memorandum del 1 agosto 2002 (p. 31) e ripreso in un altro memorandum del Dipartimento della Difesa del 6 marzo 2003 (A.

riamente alcuni membri del Congresso si siano spesi contro l'utilizzo di pratiche coercitive o atti di tortura da parte dell'intelligence militare o civile<sup>119</sup>, il legislatore americano ha tuttavia cercato di limitare l'influenza delle sentenze o del diritto straniero nelle decisioni emesse dalle Corti americane, attraverso precise risoluzioni parlamentari<sup>120</sup>, volte a riaffermare la primazia del diritto interno su quello internazionale<sup>121</sup>. Inoltre, solo nel settembre 2004, con l'entrata in vigore dei regolamenti di attuazione del *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA)<sup>122</sup>, è risultato possibile perseguire penalmente i dipendenti civili e i *contractors* del Dipartimento della difesa, resisi responsabili di crimini durante gli interrogatori. Tale possibilità, fino alla fine

---

Lewis, *op. cit.*, 4 ss.). Nel corso di un convegno svoltosi all'Università di Princeton nell'aprile 2005, lo stesso Yoo pare abbia risposto ad una domanda, riguardante il potere del Presidente di decidere di impiegare la tortura negli interrogatori, affermando che non vi è nessuna norma che, in principio, lo vieti (M. A. Evangelista, *Il diritto bellico ai tempi del terrore*, in *Biblioteca della libertà*, 2006, 45 – 46). Allo stesso modo, nel corso di un meeting svoltosi il 6 febbraio 2003, il prof. Yoo avrebbe risposto affermativamente alla medesima domanda postagli dal Consigliere giuridico della Marina (General Counsel of the Navy, *Memorandum for Inspector General*, 7 luglio 2004, 19, disponibile su <http://www.newyorker.com/images/pdfs/moramemo.pdf>).

<sup>119</sup> Si ricordino, ad esempio, gli emendamenti apportati nel dicembre 2005 dai senatori Mc Cain e Graham – Levin al *Detainee Treatment Act 2005*, parte del più vasto *Department of Defense Appropriations Act 2006*, che, se da una parte hanno garantito l'immunità per i colpevoli delle sevizie inferte nel corso degli interrogatori (sez. 1004), dall'altra, hanno imposto il rispetto delle norme contenute nei manuali militari al personale del Ministero della Difesa (sez. 1002) e della Convenzione contro la tortura del 1984 al personale delle altre amministrazioni (sez. 1003). Il testo della legge in parola è disponibile su <http://jurist.law.pitt.edu/gazette/2005/12/detainee-treatment-act-of-2005-white.php>.

<sup>120</sup> G. Buonomo, *Il diritto straniero e la Corte suprema statunitense*, in *Quad. cost.*, 2006, 282.

<sup>121</sup> Anche nel caso *Hamdan*, la Corte Suprema ha evitato di pronunciarsi sul tema della prevalenza del diritto internazionale su quello interno, facendo riferimento unicamente al codice di procedura penale militare in vigore per dichiarare illegittime le commissioni speciali istituite dal Presidente Bush per giudicare i “nemici combattenti” (cfr. J. P. Cerone, *Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld*, in *Asil Insight*, 17/2006, disponibile su <http://www.asil.org/insights/2006/insights060714.html>). Tale principio non risulta peraltro sempre accolto dalla giurisprudenza della Suprema Corte americana. Si veda in particolare la decisione presa recentemente a maggioranza dalla *Supreme Court* nel caso *Ropers v. Simmons* (2005), sulla pena di morte inflitta ad individui minorenni. In tale circostanza, il relatore, giudice Anthony M. Kennedy, affermò che «The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions» (*The Supreme Court: Excerpts from Opinions on Juvenile Death Penalty*, in *New York Times*, 2 marzo 2005, A13). Tra i “classici” della giurisprudenza della Corte Suprema statunitense può poi citarsi il caso *Paquete Habana* (1900), laddove la Corte dichiarò che il diritto internazionale «is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination» (testo disponibile su [http://lawofwar.org/paquete\\_habana.htm](http://lawofwar.org/paquete_habana.htm)).

<sup>122</sup> *Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000*, 22 novembre 2000, P.L. 106 – 523, disponibile su <http://www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf>.

del 2004<sup>123</sup>, non si estendeva ai dipendenti civili e ai professionisti delle *Private Military Companies* ingaggiati dalle altre amministrazioni, come nel caso degli agenti CIA e loro *contractors*<sup>124</sup>. Non occorre approfondire la tesi per cui l'utilizzo giudiziario di prove estorte con la tortura<sup>125</sup> apra la strada alla creazione artificiosa dei fenomeni più inquietanti, individuando, come fu per la stregoneria, prove certe di fatti inesistenti<sup>126</sup>. Basterà precisare come, anche coloro che cercano di evidenziare come l'uso della tortura nei secoli sia servito più per scoprire dei fatti che come fonte di prova giudiziale, poi si dimentichino che le medesime dichiarazioni estorte con la tortura finissero inequivocabilmente utilizzate nei processi, inquinandone i verdetti<sup>127</sup>. Del resto non si tratta di scoprire nulla: la tortura darà mere conferme dell'esistenza di un nemico che si ritiene già "scoperto"<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> Ovvero fino all'entrata in vigore del *National Defense Authorization Act for FY2005*, 28 ottobre 2004, P.L. 108 – 375.

<sup>124</sup> Si pensi agli abusi commessi nel carcere iracheno di Abu Graib, laddove gli unici condannati per crimini perpetrati nel corso degli interrogatori risultano i militari della Guardia nazionale e non i *contractors* privati della CACI International o della Titan Corp., presenti sul posto (R. de Nevers, *Modernizing the Geneva Conventions*, in *Washington Quart.*, 2/2006, 103 – 104).

<sup>125</sup> Si pensi che nel Regno Unito, sia la *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), competente a pronunciarsi sui casi di detenzione amministrativa per i sospetti di terrorismo, sia una Corte d'appello, ne avevano confermato l'utilizzabilità nei procedimenti celebrati innanzi a loro (solo con riguardo però a prove acquisite da fonti terze e non direttamente da agenti britannici). Solo nel 2005, la *House of Lords*, giudice di ultima istanza, investita della questione, ha successivamente preso una posizione drasticamente contraria, cassando le decisioni delle corti inferiori (T. Thienel, *op. cit.*, 350).

<sup>126</sup> Cfr. sul tema B. P. Levack, *La caccia alle streghe*, Roma – Bari, Laterza, 1988, 74 ss.

<sup>127</sup> Dershowitz, nel suo libro sul terrorismo (*op. cit.*) fa riferimento all'opera di John Langbein intitolata *Torture and the Law of Proof* (1977), per affermare che sia evidente come la tortura sia stata utilizzata nei secoli per scoprire dei fatti, non come mezzo per la costruzione di prove. Peccato che un paio di righe più in là rispetto alla frase citata da Dershowitz, Langbein precisi che le medesime informazioni estorte con la tortura potevano benissimo essere utilizzate processualmente, qualora necessario (M. Wagner, *The justification of torture. Some Remarks on Alan M. Dershowitz's Why Terrorism Works*, in *German L. J.*, 2003, 520). Sul piano giuridico, la sentenza del Tribunale penale internazionale per i crimini nell'ex Jugoslavia sul caso *Furundzija*, ha pienamente riconosciuto il valore di diritto cogente del divieto di tortura, confermando l'illegittimità di ogni norma interna che metta al riparo i responsabili di atti di tortura dalla giurisdizione penale nazionale. La giurisdizione sul crimine *de quo* viene anzi ritenuta universale (ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, giudizio del 10 dicembre 1998, par. 153 ss., testo disponibile su <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>).

<sup>128</sup> Intervistato con riguardo alla possibilità che sotto tortura i sospettati possano confessare anche informazioni false pur di far cessare le sevizie, Dershowitz ammette tale possibilità, che però, a sua detta, potrebbe essere limitata assoldando «competenti professionisti della tortura». Secondo il celebre avvocato statunitense, si tratta di «scegliere di compromettere i diritti umani di un terrorista colpevole o annullare i diritti umani di migliaia di civili innocenti» (cit. in A. Farkas, «I terroristi? Torturiamoli», in *Corriere della Sera*, 1 febbraio 2002, 12). Il problema è che la tortura è una forma di sanzione preventiva, che viene applicata a prescindere dall'effettiva colpevolezza, la quale, proprio per via della tortura stessa, non potrà mai acclararsi "oltre ogni ragionevole dubbio". Ad esempio, nel corso di interrogatori svoltisi presso la base militare statunitense di Bagram (Afghanistan) tutti i detenuti interrogati dove-

Per alcuni, le tesi sulla legittimazione dell'utilizzo della tortura rimandano ad un ritorno del pensiero filosofico "schmittiano" nelle relazioni internazionali, per via dell'evidente utilizzo di fondo del paradigma amico/nemico quale *leit motiv* delle sevizie inferte<sup>129</sup>. Altri sottolineavano già all'indomani degli attacchi dell'11 settembre i pericoli insiti in una reazione emotiva e irrazionale dei governi<sup>130</sup>. In ogni caso, a seguito dell'occupazione militare anglo- americana dell'Iraq, tali pratiche di tortura sui prigionieri appaiono essersi intensificate ed estese<sup>131</sup>, come confermano anche indagini interne delle Forze armate statunitensi a Baghdad<sup>132</sup>. D'altra parte, oggi, nel mondo, dei circa 83.000 individui detenuti nella guerra al terrorismo (di cui circa 14500 in centri di detenzione sotto il controllo americano), solo 600 appaiono essere stati catturati fuori dai teatri di Iraq e Afghanistan: il che fa propendere per l'idea che quasi tutti i detenuti della GWOT possano essere agilmente qualificati quali meri

---

vano essere considerati terroristi «fino a prova contraria»: il che significava che potevano essere oggetto delle più brutali sevizie fino a quando, proprio a seguito delle torture inflitte, gli ufficiali dell'intelligence non acclarassero un altro status (cfr. sul tema T. Golden, *In U.S. Report, Brutal Details of 2 Afghan Inmates' Deaths*, in *New York Times*, 20 maggio 2005, disponibile su <http://www.nytimes.com>).

<sup>129</sup> Così S. Horton, *The Return of Carl Schmitt*, in *Balkanization*, 7 novembre 2005, disponibile su <http://balkin.blogspot.com/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>.

<sup>130</sup> Si vedano sul punto le dichiarazioni del 22 novembre 2001 della Commissione ONU contro la tortura (n. CAT/C/XXVII/Misc.7, disponibile su <http://www.ohchr.org/english>) e quella del 29 novembre 2001 di Mary Robinson, per l'Alto Commissariato per i Diritti Umani dell'ONU, Walter Schwimmer, Segretario generale del Consiglio d'Europa e Gérard Stoudmann, Direttore dell'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani dell'OSCE:

«ci appelliamo a tutti i governi affinché si astengano dal compiere passi eccessivi che potrebbero violare le libertà fondamentali e provocare dissensi legittimi. Tali provvedimenti potrebbero colpire in modo particolare la presunzione di innocenza, il diritto ad un giusto processo, il divieto di torture (...) Colpendo determinati gruppi etnici o religiosi, le misure antiterroristiche potrebbero risultare contrarie alle leggi sui diritti umani ed agli impegni internazionali e conterrebbero il rischio di provocare l'aumento pericoloso di discriminazione e razzismo» (trad. it. disponibile su [http://www.studiperlapace.it/view\\_news\\_html?news\\_id=20050105182830](http://www.studiperlapace.it/view_news_html?news_id=20050105182830)).

<sup>131</sup> Si prendano ad esempio il Memorandum del 14 settembre 2003 a firma del Generale R. Sanchez, capo delle Forze armate americane in Iraq, sull'uso delle tecniche di interrogatorio, in cui si richiede l'uso delle medesime pratiche in vigore a Guantanamo, seppure modificate per garantire il rispetto delle Convenzioni di Ginevra (testo disponibile su <http://www.aclu.org/safefree/general/17561gl20050329.html>), ovvero le risultanze del c.d. "Rapporto Schlesinger", laddove si dichiara come le tecniche di interrogatorio siano semplicemente "migrate" da Guantanamo all'Iraq (J. R. Schlesinger et al., *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations*, agosto 2004, 37, disponibile su <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf>).

<sup>132</sup> Si veda sul punto il c.d. "Rapporto Taguba", concluso nel febbraio 2004 dal Generale Antonio Taguba per far luce sugli episodi di violenza e maltrattamenti ai danni di prigionieri nella prigione di Abu Graib (Testo disponibile su [http://www.centrodirittumani.unipd.it/a\\_news/prison\\_abuse\\_report.pdf](http://www.centrodirittumani.unipd.it/a_news/prison_abuse_report.pdf)). Sul tema dei maltrattamenti nel citato carcere iracheno cfr. D. Murphy, *U.S. Abuse of Iraqi Detainees at Abu Ghraib Prison*, in *Am. J. Int'l L.*, 2004, 593 ss.

combattenti o insorti<sup>133</sup>. Le considerazioni finora esposte portano ad un interrogativo di fondo: vi era davvero l'esigenza di modificare il diritto applicabile?<sup>134</sup> Oppure la modifica delle norme relative al trattamento dei prigionieri risponde ad una logica meramente strumentale (magari rivolta al raggiungimento di obiettivi diversi da quello dell'acquisizione di informazioni) ovvero solamente suggerita dallo stato di panico post – 11 settembre?<sup>135</sup> Del resto, nella storia politica statunitense, come anche confermato dalla stesso Congresso USA, la pratica dell'emanazione di ordini esecutivi da parte del Presidente americano sembra essere stata più volte condizionata da «pregiudizi e isteria» che non dal «principio di necessità militare»<sup>136</sup>. In tal senso, recentemente, il Presidente Clinton si è espresso a proposito dei cittadini giapponesi internati nel corso del secondo conflitto mondiale, tra cui vi erano individui rapiti all'estero (presso paesi del sud America i cui governi risultavano complici di tale pratica) e portati a forza sul territorio statunitense per essere poi scambiati con prigionieri di guerra americani detenuti in Giappone<sup>137</sup>. Inoltre, appare oggi chiaro come proprio la demo-

<sup>133</sup> C. Bonini e G. D'Avanzo, *Il mercato della paura: La guerra al terrorismo islamico nel grande inganno italiano*, Torino, Einaudi, 2006, 7.

<sup>134</sup> Cfr. sul tema C. Stahn, *International Law at a Crossroads?*, cit., 183 ss.; J. J. Paust, *There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11<sup>th</sup>*, ASIL Task Force on Terrorism, November 2002, disponibile su <http://www.asil.org/taskforce/paust.pdf>. Per contro, talvolta non si è posto mano all'introduzione di nuove norme quando si sarebbe dovuto: si prenda ad esempio il disegno di legge n. 582 (2001) sull'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano, mai approvato dal legislatore. Sul tema cfr. A. Cassese, *Una piccola riforma per la giustizia*, in *Repubblica*, 17 agosto 2006, 20.

<sup>135</sup> F. Mini, *op. cit.*, 68 ss.

<sup>136</sup> Così la Commissione del Congresso americano che si pronunciò, nel 1982, sugli internamenti e sulle deportazioni forzate di civili da alcune aree militari nel corso della II Guerra mondiale, in ossequio all'*Executive Order n. 9066* del 19 febbraio 1942 (Exec. Order No. 9066, 1942 WL 4050 (Pres. Exec. Order), 7 FR 1407, *Authorizing the Secretary of War to Prescribe Military Areas*):

«The promulgation of Executive Order 9066 was not justified by military necessity, and the decisions which followed from it (...) were not driven by analysis of military conditions. The broad historical causes which shaped these decisions were race prejudice, war hysteria, and a failure of political leadership. Widespread ignorance of Japanese Americans contributed to a policy conceived in haste and executed in an atmosphere of fear and anger at Japan. A grave injustice was done to American citizens and resident aliens of Japanese ancestry who, without individual review or any probative evidence against them, were excluded, removed and detained by the United States during World War II» (cit. in T. Bingham, *Personal Freedom and the Dilemma of Democracies*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 2003, 854).

<sup>137</sup> N. T. Saito, *Justice Held Hostage: U.S. Disregard for International Law in the World War II Internment of Japanese Peruvians. A Case Study*, in *Boston Coll. L. Rev.*, 1998, 275 – 276. Il 13 giugno 1998, il Presidente Clinton rivolse le proprie personali scuse agli individui giapponesi – latino americani internati nel corso della II Guerra mondiale (*ibid.*, 276):

«We recognize the wrongs of the past and offer our profound regrets to those who endured such grave injustice. We understand that our nation's actions were rooted in racial prejudice and wartime hysteria, and we must learn from the past and dedicate ourselves (...) to renewing and strengthening equality, justice and freedom».

nizzazione e la personificazione dell'islam militante nel nemico politico ha fatto sì che quest'ultimo abbia sfruttato abilmente la propria immagine di debole che lotta in maniera impari contro il forte e, in qualche modo, legittimato presso le masse di fede mussulmana la propria azione terroristica come l'unica arma per contrastare efficacemente la superpotenza USA<sup>138</sup>.

3.3. – Le *extraordinary renditions*, come vengono chiamate le operazioni di sequestro e consegna a paesi terzi di sospettati di terrorismo<sup>139</sup>, costituiscono sovente il prologo dell'esercizio della tortura sui soggetti catturati. Tali pratiche, già conosciute dalle autorità statunitensi prima dell'11 settembre<sup>140</sup>, dopo essere state scoperte e stigmatizzate dalle principali associazioni internazionali per la difesa dei diritti dell'uomo<sup>141</sup>, sono state oggetto di due separate indagini del Consiglio d'Europa e del Parlamento europeo, volte anche ad accertare la presenza sul suolo dell'Unione di presunti centri di detenzione segreti della CIA<sup>142</sup>. La collaborazione, esercitata anche

<sup>138</sup> Si veda sul punto T. Todorov, *Il nuovo disordine mondiale. Riflessioni di un cittadino europeo*, Garzanti, Milano, 2003, 33. Secondo Rhonda Zaharna,

«During times of conflict, rallying domestic support often means identifying a foreign enemy. If the foreign public identifies with the foreign enemy, efforts to demonize the enemy only further alienate the foreign audience and widen the gap between the domestic and foreign publics» (R. S. Zaharna, *The Unintended Consequences of Crisis Public Diplomacy: American Public Diplomacy in the Arab World*, FPIP Policy Brief No. 2/2003, 3, disponibile su <http://www.fpip.org/pdf/vol8/02diplomacy.pdf>).

<sup>139</sup> Cfr. sul tema P. Gaeta, *Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar*, in *Riv. dir. int.*, 2006, 126 ss.; C. Forcese, *The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the "War on Terror"*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2006, 369 ss.

<sup>140</sup> Committee on International Human Rights of the Association of the Bar of the City of New York e Center for Human Rights and Global Justice, *Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to "Extraordinary Renditions"*, New York, ABCNY & NYU School of Law, 2004, 9 ss., disponibile su <http://www.nyuhr.org/docs/TortureByProxy.pdf>.

<sup>141</sup> Cfr. ad esempio Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, aprile 2005, disponibile su <http://hrw.org/reports/2005/eca0405/eca0405.pdf>; *Ibid.*, Statement on U.S. Secret Detention Facilities in Europe, 7 novembre 2005, disponibile su <http://hrw.org/english/docs/2005/11/07/usint11995.htm>; Amnesty International, *Below the radar: Secret flights to torture and "disappearance"*, AMR 51/051/2006, 5 aprile 2006. Da ultimo cfr. Amnesty International, *Memorandum to the US Government on the report of the UN Committee Against Torture and the question of closing Guantánamo*, AMR 51/093/2006, 23 giugno 2006.

<sup>142</sup> Il 7 giugno 2006 è stato presentato il rapporto del senatore svizzero Dick Marty, relatore sul caso per l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Il rapporto ha rivelato una «ragnatela globale» di detenzioni e trasferimenti segreti della CIA e una probabile collusione di 14 Stati membri del Consiglio d'Europa in questo sistema (testo disponibile su <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc06/EDOC10957.htm>). Il 14 giugno 2006, Terry Davis, Segretario generale del Consiglio d'Europa, ha pubblicato un rapporto relativo alle presunte detenzioni segrete e ai voli di trasferimento (testo disponibile su [http://www.coe.int/t/E/Com/Press/Source/SG\\_Inf\(2006\).doc](http://www.coe.int/t/E/Com/Press/Source/SG_Inf(2006).doc)), che ha portato alla condanna del Consiglio d'Europa a mezzo della risoluzione 1507 del 27 giugno 2006 (testo disponibile su <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/>

in forma non omissiva, delle autorità europee e canadesi con il servizio segreto statunitense<sup>143</sup>, suggerisce la complicità dei relativi paesi nelle pratiche di *rendition* e la volontà concreta di contribuire fattivamente alla GWOT, avallando i metodi americani<sup>144</sup>. Ciò non ha impedito che in alcuni paesi europei la magistratura abbia comunque aperto inchieste sui voli segreti della CIA<sup>145</sup>, e sia posta di fatto quale unico argine al-

---

Eres1507. htm). Da parte sua, il Parlamento europeo, il 12 giugno 2006 ha approvato a maggioranza una relazione intermedia, comprensiva di una risoluzione di condanna, sottoposta dal relatore della Commissione temporanea sui voli segreti CIA, Claudio Fava, che conferisce alla medesima commissione ulteriori sei mesi di mandato per concludere le indagini. Queste, del resto, hanno comunque già acclarato più di 1000 voli della CIA operati sul territorio europeo, di cui circa 70 su quello italiano, con almeno quattro casi accertati di *extraordinary renditions* (testo disponibile su [http://www.associazione.dei.costituzionalisti.it/cronache/attivita\\_organici/detenzione\\_illegale/progetto\\_di\\_relazione\\_intermedia.pdf](http://www.associazione.dei.costituzionalisti.it/cronache/attivita_organici/detenzione_illegale/progetto_di_relazione_intermedia.pdf)).

<sup>143</sup> Al tempo in cui si scrive, non appaiono ancora ben delineate le eventuali responsabilità del servizio segreto militare italiano (SISMI) nel rapimento, da parte di agenti CIA, dell'*imam* milanese Abu Omar, sequestrato il 17 febbraio 2003 a Milano (cfr. P. Gaeta, *op. cit.*, 126 ss.). Pare comunque che almeno uno dei partecipanti al sequestro fosse un carabiniere del ROS e almeno un altro parlasse italiano. Dopo l'arresto e la successiva scarcerazione (dietro l'ammissione del coinvolgimento del vertice del servizio) di due alti dirigenti del SISMI, il Direttore del servizio, Generale Pollari, è a tutt'oggi indagato per concorso nel sequestro (aggravato dall'abuso dei poteri dei pubblici ufficiali), mentre in un primo momento la responsabilità imputata al Generale dalla Procura della Repubblica di Milano risultava meramente omissiva (P. Biondani, *Mancini accusa Pollari: ordinò di rapire Abu Omar*, in *Corriere della Sera*, 19 luglio 2006, 18; C. Bonini, *"Pollari ordinò il rapimento": Ecco il nastro che lo inchioda*, in *Repubblica*, 21 luglio 2006, 15). Da parte britannica, il Parlamento inglese ha recentemente criticato il Governo per l'insufficienza degli accertamenti svolti sugli episodi di *rendition* occorsi nel Regno Unito (Joint Committee on Human Rights, 19<sup>th</sup> Report, 24 maggio 2006, estratto disponibile su <http://www.statewatch.org/news/2006/may/uk-jchr-rendition.pdf>). Anche le autorità canadesi sembrano aver avuto un certo ruolo nella *rendition* di un cittadino canadese dal doppio passaporto (C. Forcese, *op. cit.*, 373), mentre non è ancora chiaro se le autorità italiane siano state messe a conoscenza del presunto rapimento in territorio pakistano di un cittadino italiano da parte della CIA nel 2002 (P. Biondani, *Cia rapì italiano, scoperto l'aereo*, in *Corriere della Sera*, 31 luglio 2006, 16).

<sup>144</sup> La "Commissione di Venezia" del Consiglio d'Europa, incaricata di redigere un parere legale sull'eventuale responsabilità dei governi europei in merito alle pratiche di *rendition*, ha chiarito come ogni forma di cooperazione attiva o passiva comporti la responsabilità dell'*host nation*, e che questa permane anche laddove le autorità di P.S. collaborino nella sola fase preparatoria o non impediscano il sequestro o la detenzione (European Commission for Democracy Through Law, *Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter – State Transport of Prisoners*, Venezia, 18 marzo 2006, par. 159, disponibile su [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)009-e.asp)). Sul punto si può ricordare anche il ruolo svolto dai servizi di sicurezza svedesi nella *rendition* di due cittadini egiziani, successivamente torturati e uno dei quali condannato a 15 anni di reclusione a seguito di un processo durato appena sei ore (cfr. C. Whitlock, *New Swedish Documents Illuminate CIA Action*, in *Washington Post*, 21 maggio 2005, A01). Per ciò che concerne il caso *Abu Omar*, la Procura di Milano, nel mandato di cattura per 26 cittadini americani implicati a vario titolo nel sequestro, scrive che la «copertura (del SISMI ha) rafforzato la determinazione della CIA» (P. Biondani, *Sequestro Abu Omar, un nastro inguaina Pollari*, in *Corriere della Sera*, 21 luglio 2006, 17).

<sup>145</sup> Inchieste giudiziarie risultano aperte in Germania, Spagna e Italia. In Italia la Procura di Milano ha chiesto l'arresto di un totale di 26 cittadini statunitensi, tra cui il responsabile del cen-

la deriva giuridica in atto. In Italia, a seguito delle indagini della Procura di Milano sui casi *Abu Omar* e *Telecom*<sup>146</sup> sono venuti alla luce inquietanti rapporti tra i servizi segreti militari (SISMI) e organi di stampa<sup>147</sup>, come anche l'esistenza di un ufficio del SISMI dedito al "depistaggio" dell'attività investigativa dell'Autorità giudiziaria e dei media su importanti questioni, quali quelle relative al ruolo dei medesimi servizi sul caso del falso rapporto sull'uranio nigerino venduto all'Iraq e sul rapimento del citato *imam* milanese<sup>148</sup>. Apparirà chiaro a questo punto come la segretezza di cui si ammantano le operazioni contro il "terrore" possa facilmente generare un "effetto boomerang" sull'effettivo accertamento e contrasto della minaccia in atto, anche proprio a causa della mancanza di quelle elementari «garanzie processuali che trovano fondamento nell'acclaramento della verità (processuale), e non nella messa in libertà dei colpevoli»<sup>149</sup>.

3.4. – Nonostante la GWOT di fatto significhi il superamento del confine tra guerra internazionale e interna, gli ordinamenti nazionali dei singoli paesi solitamente faticano ad accettare l'imposizione di stati d'emergenza. Così, escludendo gli USA<sup>150</sup> e, per certi versi, il Regno Unito<sup>151</sup>, nei fatti, si è verificata per gli altri paesi una dissociazione tra lo stato di guerra esterna e quello di pace sul piano interno<sup>152</sup>. Nonostante ciò, in quasi la totalità dei paesi alleati degli Stati Uniti sono stati adottati atti di legge

---

tro CIA di Milano, il responsabile CIA per l'Italia e un ufficiale in servizio presso la base NATO di Aviano (C. Zagaria, *Abu Omar, La procura va avanti: "Estradizione per 26 agenti Cia"*, in *Repubblica*, 21 luglio 2006, 14).

<sup>146</sup> Cfr. F. Sansa, *Abu Omar – Telecom, indagini parallele*, in *Repubblica*, 11 luglio 2006, 24.

<sup>147</sup> Cfr. F. Sarzanini, «Direttore, così ho istruito Betulla». Così Pollari veniva informato, in *Corriere della Sera*, 8 luglio 2006, 11.

<sup>148</sup> Cfr. P. Biondani, *Dossier su giornalisti e magistrati in una base segreta*, in *Corriere della Sera*, 6 luglio 2006, 8. Sui casi "Nigergate" e Abu Omar, cfr. C. Bonini e G. D'Avanzo, *op. cit.*, 49 ss. e 265 ss.

<sup>149</sup> M. Tondini, *Hamdan v. Rumsfeld*, cit.

<sup>150</sup> Gli Stati Uniti hanno più volte negato che, dal 2001, sul fronte interno sia stato mai dichiarato lo stato d'emergenza ex art. 4 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, precisando tuttavia come il Presidente, nell'emanare gli ordini esecutivi del novembre 2001, abbia fatto riferimento al *National Emergencies Act*, il quale, a giudizio dell'amministrazione americana, non richiederebbe alcuna deroga agli impegni presi sul piano internazionale in base al citato Patto (cfr. Department of State, *Second and Third Periodic Report of the United States of America to the UN Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights*, 21 ottobre 2005, 89 – 91, disponibile su <http://www.state.gov/g/drl/rls/55504.htm#art4>). La dichiarazione statunitense sul punto non appare idonea a fugare i dubbi di palese contrarietà ai diritti dell'uomo delle pratiche di *rendition* e di detenzioni extragiudiziarie, per cui risulta più corretto ammettere l'esistenza di un vero e proprio stato d'emergenza interno. Cfr. sul punto J. Fitzpatrick, *Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2003, 263.

<sup>151</sup> Il Regno Unito, pur non dichiarando alcuno stato di emergenza, aveva tuttavia provveduto a comunicare al Consiglio d'Europa, sulla base dell'art. 15 della CEDU, l'intenzione di sospendere alcune delle garanzie previste nella Convenzione, provvedendovi a mezzo dello *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001*.

<sup>152</sup> G. de Vergottini, *op. cit.*, 73 e 99 – 100.

*ad hoc* per combattere il terrorismo internazionale<sup>153</sup>. In linea generale, tali provvedimenti, se da un lato rafforzano i poteri di polizia in mano all'esecutivo<sup>154</sup>, dall'altro predispongono procedure di espulsione amministrativa<sup>155</sup> e, per certi versi, di detenzione extragiudiziale<sup>156</sup>. Inoltre, ogni ordinamento interno, per poter sanzionare penalmente, oppure inasprire le pene per il reato di terrorismo internazionale, è stato costretto ad introdurre una definizione generale della nuova fattispecie penale incriminatrice<sup>157</sup>, ovvero compilare una lista di organizzazioni definite terroriste *tout court*, e richiamare questa per definire terrorista ogni individuo associato<sup>158</sup>. Le norme

<sup>153</sup> Ad esempio, in Italia sono state emanate la L. 15 dicembre 2001, n. 438 e, da ultimo, la L. 1 agosto 2005, n. 155; in Francia la L. 2001 – 1062 (*Loi relative à la Sécurité Quotidienne*) e la L. 2004 – 204 (*Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* o *Loi Perben 2*); nel Regno Unito l'*Anti – Terrorism, Crime and Security Act 2001* (ATCSA), il *Prevention of Terrorism Act 2005* (PTA) e il *Terrorism Act 2006*; in Canada l'*Anti – Terrorism Act 2001*, l'*Immigration and Refugee Protection Act 2001* e il *Public Safety Act 2002*.

<sup>154</sup> Per ciò che concerne il Regno Unito, si vedano, ad esempio, i *control orders* emessi dal Ministero dell'Interno sulla base del PTA (artt. 1 ss.) e gli *interception warrants* di cui all'art. 32 del *Terrorism Act 2006*. Per l'Italia, si vedano le misure di intercettazione preventiva di cui all'art. 4, L. n. 155/2005 e i poteri di fermo di polizia di cui all'art. 13 della medesima legge. Per il Canada, si vedano gli *investigative hearings* ex artt. 83.28 ss. del *criminal code* canadese, come introdotto dall'*Anti – Terrorism Act 2001*, che prevedono per le autorità di p.s. il potere di chiedere all'autorità giudiziaria di convocare e interrogare individui sospettati di essere a conoscenza di informazioni su un possibile atto terroristico. Su questi ultimi interventi legislativi cfr. C. Bassu, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, on line paper dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, [http://www.associazione-dei-costituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo\\_canada/index.html](http://www.associazione-dei-costituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/antiterrorismo_canada/index.html). La previsione di un reato analogo si ricava dall'art. 117 dell'ATCSA.

<sup>155</sup> Per il Canada, cfr. l'*Immigration and Refugee Protection Act*, artt. 44 ss. Per il Regno Unito si veda l'art. 22 dell'ATCSA. Per l'Italia l'art. 3, L. n. 155/2005.

<sup>156</sup> Per il Canada, cfr. l'*Immigration and Refugee Protection Act*, artt. 55 ss. e l'art. 83.3(4) del *criminal code* canadese, come introdotto dall'*Anti – Terrorism Act 2001*, riguardanti l'*arrest without warrant*. Per il Regno Unito, cfr. gli artt. 21 ss. dell'ATCSA (parte IV) e gli artt. 23 – 25 del *Terrorism Act 2006*.

<sup>157</sup> E' il caso della Francia, con l'art. 33, L. 2001 – 1062 (che va a modificare il c.p. francese) e dell'Italia con gli artt. 1, L. n. 438/2001 e 15, L. n. 155/2005, che integrano l'art. 270 bis c.p. e creano ex novo gli artt. 270 ter – sexies c.p. Il giudice italiano ha cercato da parte sua un'interpretazione della definizione di cui alle leggi anzidette. Si vedano sul punto le sentenze Cass. Pen., II, n. 669 del 21 dicembre 2004; Cass. Pen., I, n. 35427, del 21 giugno 2005; Corte d'assise d'appello di Milano, 28 novembre 2005, Pres. Belfiore; ord. Trib. di Milano, 17 maggio 2005, GIP Salvini (tutte in *Foro Italiano*, 2006, 344 ss.); Corte d'assise di Milano, 9 maggio 2005, n. 7/2005. Sulla definizione di terrorismo in costanza di conflitti armati cfr. anche la sentenza/ordinanza del Trib. di Milano, 24 gennaio 2005, GUP Forleo, e l'ordinanza del Trib. di Brescia, 31 gennaio 2005, GIP Spanò (in *Giur. it.*, 2005, 1513 ss.; *Giust. pen.*, 238 ss.; *Questione giustizia*, 2005, 414 ss.). Da ultimo, si veda l'ordinanza del Trib. di Bologna, 27 giugno 2006, Pres. Gobbi (quest'ultima citata in M. Allam, «Attaccare i militari in Afghanistan non è terrorismo», in *Corriere della sera*, 23 luglio 2006, 1).

<sup>158</sup> Così gli Stati Uniti e il Regno Unito. Nel Regno Unito, l'art. 1 del precedente *Terrorism Act 2000*, riportava una definizione di terrorismo internazionale basata sia sulla previsione di condotte lesive di alcuni beni giuridici tutelati, che sulla appartenenza ad una delle 25 organizzazioni internazionali e 14 nazionali, legate al terrorismo nord – irlandese, incluse in una

così adottate finiscono peraltro per risultare discriminatorie, poiché rivolte esclusivamente nei confronti di cittadini stranieri<sup>159</sup>. Il fatto che le misure *de quo* siano state utilizzate con estrema parsimonia dagli esecutivi dei paesi alleati degli Stati Uniti, ovvero siano state sottoposte ad una *sunset clause*<sup>160</sup>, porta a pensare che le stesse siano state dettate da mere necessità politiche contingenti e non adottate come efficace adattamento tecnico dell'ordinamento alle nuove minacce<sup>161</sup>. Dinnanzi alla riferita intro-

---

*black list*. L'art. 21 dell'ATCSA fa propria tale definizione e l'art. 34 del *Terrorism Act 2006* la amplia fino a ricomprendere le organizzazioni governative internazionali. Il governo canadese, da parte sua, dopo aver qualificato un'organizzazione come terrorista, può addirittura rifiutarsi di fornire spiegazioni a riguardo, anche qualora richiesto dall'autorità giudiziaria adita in sede di ricorso da individui imputati di terrorismo (A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004, 73). Per ciò che concerne l'Unione Europea, con la posizione comune del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo (2001/931/PESC), il Consiglio dell'Unione Europea, da un lato, pubblicava in annesso una lista di 12 gruppi e 30 individui definiti come terroristi, dall'altro, all'art. 1(3) si sforzava di dare una definizione di "atto terroristico", prevedendo un elenco di condotte rilevanti.

<sup>159</sup> Così la *House of Lords*, che nel 2004 confermava la discriminatorietà delle disposizioni dell'ATCSA sulle detenzioni extragiudiziali, previste solamente nei confronti di cittadini stranieri (cfr. *House of Lords, Judgment A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 16 dicembre 2004, [2004] UKHL 56, par. 68, disponibile su <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>). Sul tema cfr. S. Shah, *The UK's Anti-Terror Legislation and the House of Lords: The First Skirmish*, in *Hum. Rights L. Rev.*, 2005, 403 ss.

<sup>160</sup> L'art. 83.32 del *criminal code* canadese prevede una clausola di decadenza delle disposizioni contenute nell'*Anti - Terrorism Act*, fissata al 31 dicembre 2006. Parimenti, l'art. 29 dell'ATCSA prevedeva un termine di decadenza di 15 mesi delle disposizioni riguardanti gli arresti extragiudiziari a tempo indefinito, rinnovabile per ulteriori 12 mesi. Le disposizioni del *Terrorism Act 2006* risultano invece permanenti.

<sup>161</sup> Con riguardo al Regno Unito, cfr. M. Tondini, *Misure di sicurezza antiterrorismo. Leggi speciali e prevenzione del terrore nel Regno Unito*, Trento, Centro italiano studi per la pace, 2005, 6, disponibile su <http://files.studiperlapace.it/docs/20060305133921.pdf>. Recentemente è stato reso noto dalle autorità britanniche che dal settembre 2001 al 30 giugno 2006 sono stati arrestati nel Regno Unito con l'accusa di terrorismo internazionale 1047 individui. Di questi, solo 158 sono stati rinviati a giudizio per tale reato, mentre 174 dovranno rispondere di reati connessi e 69 della violazione della legge sull'immigrazione. Il fatto che circa 600 indiziati, per la maggior parte mussulmani, siano stati rilasciati senza alcuna formale imputazione, ha suscitato forti critiche nei confronti della legislazione in parola (I. Wilkinson et al., *Fugitive Briton arrested in Pakistan over jet bomb plot*, 12 agosto 2006, disponibile su <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2006/08/12/nterr12.xml>). Per il Canada cfr. T. Groppi, *Dopo l'11 settembre: la "via canadese" per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quad. cost.*, 2005, 595. Per ciò che concerne l'Italia, il Ministero degli Interni, nell'agosto 2005 precisava in un comunicato (testo disponibile su <http://www.interno.it/assets/files/8/2005814122915.pdf>) che, nel quadriennio 2001 - 2005, erano stati arrestati in Italia 203 individui, indagati per terrorismo internazionale. Nel medesimo periodo, risultavano però condannati in primo grado per il suddetto reato solo due persone (C. Bonini, G. D'Avanzo, *op. cit.*, 47). In precedenza, fino al febbraio 2005, erano stati arrestati in Italia 180 individui per reati connessi con il terrorismo internazionale, a cui erano seguite condanne per 74 capi d'accusa e assoluzioni per 87 imputazioni. Per il reato specifico di terrorismo internazionale, invece, a fronte delle 54 assoluzioni, risultava un'unica condanna (a 1 anno e 11

duzione nei sistemi giuridici interni di un “diritto (penale o amministrativo) del nemico”, una solida barriera al tracimare dei poteri dell’esecutivo è stata sovente posta dalle autorità giudiziarie<sup>162</sup>, più che dai legislatori nazionali<sup>163</sup>.

3.5. – L’analisi del concetto di guerra preventiva<sup>164</sup>, come illustrato dall’amministrazione americana nella *National Security Strategy* del 2002<sup>165</sup> è in realtà una riproduzione a livello internazionale degli esiti dell’attuazione, sul piano interno, di un sistema penale speciale basato sull’applicazione mirata di misure di sicurez-

---

mesi di reclusione), per di più “patteggiata” (P. Biondani, L. Ferrarella, *Arrestati in 180, solo una condanna per la Jihad*, in *Corriere della Sera*, 2 febbraio 2005, 5).

<sup>162</sup> Per ciò che concerne il Regno Unito, a parte la citata sentenza della *House of Lords* del 2004 sul tema della detenzione extragiudiziaria indefinita, si possono ricordare le sentenze dell’*High Court* del 12 aprile e del 28 giugno 2006 sull’incompatibilità dei *control orders* previsti dal PTA con la Convenzione europea sui diritti dell’uomo. Per contro, si veda la sentenza del 2002 dell’*House of Lords* sul caso *Rehman*, sulla convalida di un provvedimento di espulsione di un individuo senza che questi fosse sospettato di aver commesso atti di violenza (A. Benazzo, *op. cit.*, 65 e 66). Per quanto riguarda invece gli Stati Uniti, oltre alla citata ultima sentenza della Corte Suprema sul caso *Hamdan*, si vedano le precedenti *Hamdi c. Rumsfeld*, *Rasul c. Bush* e *Al Odah c. United States* del 28 giugno 2004 (sul tema, cfr. M. Miraglia, *Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l’11 settembre*, in *Cass. pen.*, 2005, 2828 ss. e, da ultimo, T. E. Frosini, *C’è un giudice (anche) a Guantánamo*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2006, pross. pubbl.). Inoltre, appare utile ricordare la sentenza del giudice Anna Diggs Taylor nel caso *ACLU c. NSA* (U.S. District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, *ACLU et al. c. NSA et al.*, caso n. 06 – CV – 10204, sentenza del 17 agosto 2006, disponibile su <http://www.aclu.org/safefree/nsaspying/264771gl20060817.html>), che ha recentemente definito le intercettazioni telefoniche extragiudiziali dell’NSA come contrarie alla privacy e alla libertà di espressione, oltre a costituire «un gravissimo abuso di potere» del Presidente Bush (A. Farkas, *Usa, lo stop del giudice al piano – intercettazioni*, in *Corriere della Sera*, 18 agosto 2006, 15). Per l’Italia, si può riferire la sent. C. Cost. 15 luglio 2004 n. 222, sull’obbligatorietà della pronuncia dell’autorità giudiziaria ordinaria in ordine ai provvedimenti amministrativi di espulsione dello straniero. Fondamentale risulta poi l’analisi della sentenza della Corte Suprema di Israele sul caso delle pratiche coercitive impiegate dai servizi di sicurezza israeliani sui prigionieri palestinesi (*Ali Batat et al. v. The General Security Service et al.*, caso n. HCJ 1043/99, sentenza del 6 settembre 1999. Cfr. E. Ottolenghi, *Una sentenza della Corte Suprema israeliana sulla facoltà dei servizi di sicurezza di fare uso della forza nel corso di interrogatori*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 1999, 1489 ss.).

<sup>163</sup> Si ricordi a tal proposito l’intervento della Camera dei comuni britannica, che, nel novembre 2005, ha respinto la proposta del governo di aumentare fino a tre mesi il termine di durata del fermo di polizia in materia di reati di terrorismo, approvando nel contempo un emendamento che fissava il termine *de quo* a 28 giorni (Cfr. R. Crestani, *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, 91 – 92).

<sup>164</sup> Cfr. sul tema E. Cannizzaro, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull’uso della forza*, in *Riv. dir. int.*, 2003, 171 ss.; W. Taft IV e T. F. Buchwald, *Preemption, Iraq, and International Law*, in *Am J. Int’l L.*, 2003, 557 ss.; J. Yoo, *International Law and the War in Iraq*, in *ibid.*, 566 ss.; R. Wedgwood, *The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense*, in *ibid.*, 577 ss.; Kissinger H., *Preemption and The End of Westphalia*, in *New Perspectives Quart.*, 4/2002, 31 ss.

<sup>165</sup> The White House, *National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC, settembre 2002, 15.

za extragiudiziarie. Se infatti nel sistema interno si individuano dei nemici e si cerca di colpirli con misure extragiudiziarie preventive che inibiscano i soggetti dal compiere eventuali attentati<sup>166</sup>, sul piano internazionale si cercheranno di colpire i possibili nemici prima che questi diventino abbastanza potenti militarmente (o economicamente) da costituire un pericolo. Anche qui, la filosofia ispiratrice dell'intervento militare non può che fondarsi su un dualismo noi/loro – amico/nemico e rimanere confinata in un ambito totalmente teorico<sup>167</sup>, sebbene essa, proprio per l'astrattezza delle previsioni che ne regolerebbero l'utilizzo, venga pericolosamente a sostanzarsi nella giustificazione di ogni aggressione e perciò in una riedizione moderna del *bellum iustum*<sup>168</sup>. Si è visto come proprio tali possibili conseguenze abbiano, forse, sconsigliato all'amministrazione Bush di giustificare giuridicamente la guerra in Iraq quale attacco preventivo *tout court*<sup>169</sup>, nonostante appaia chiaro come la strategia di sicurezza delineata nel 2002 abbia comunque influenzato la politica estera americana nell'ultimo quadriennio<sup>170</sup>. D'altronde, gli effetti dell'occupazione americana in Iraq non sembrano aver fatto scendere il livello della minaccia globale, ma anzi favorito il crescere del terrorismo<sup>171</sup> e della percezione negativa degli Stati Uniti nel mondo<sup>172</sup>. Ciò avrebbe

<sup>166</sup> Sull'equilibrio tra misure preventive e uso degli ordinari strumenti di indagine giudiziaria nella lotta al terrorismo cfr. gen. A. Mantovano, *Prima del kamikaze: Giudici e legge di fronte al terrorismo islamico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006.

<sup>167</sup> Sulla *prevention* quale «teoria allo stato teorico» si è già detto in M. Tondini, *Regole d'ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, in *Rass. dell'Arma dei Carabinieri*, 1/2005, 41.

<sup>168</sup> Già Grozio ne riferiva nel *De jure belli*. In dottrina ci si è da più parti interrogati sulla possibile distinzione tra guerra preventiva e aggressione. Sul punto A. D. Sofaer, *On the Necessity of Pre-emption*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2003, 209 ss.

<sup>169</sup> Cfr. *infra*, nota 88.

<sup>170</sup> L. Klarevas, *W Version 2.0: Foreign Policy in the Second Bush Term*, in *Fletcher Forum of World Affairs*, 2/2005, 165 ss. Parte della dottrina mette in guardia contro i possibili rischi della deriva isolazionista. Cfr. ad esempio, T. M. Franck, *The Power of Legitimacy and The Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium*, in *Am. J. Int'l L.*, 2006, 103.

<sup>171</sup> Ad esempio, in un recente incontro organizzato a Firenze nel giugno 2006 dal *Center on Law and Security* della *New York University*, è stato riferito come, dall'inizio della guerra in Iraq, il reclutamento di militanti terroristi in Europa sia cresciuto del 30% (C. Fusani, «La guerra aiuta il terrorismo», *allarme dei giudici europei*, in *Repubblica*, 27 maggio 2006, 22). Secondo il Ministro degli Esteri italiano Massimo D'Alema: «rifare il Medio Oriente partendo da Baghdad è stata una visione ideologica ed illusoria», mentre l'intervento americano avrebbe solo «rafforzato il fondamentalismo e il terrorismo», mostrando come le iniziative militari unilaterali «non garantiscono la sicurezza» (A. Rampino, *D'Alema: la guerra ha rafforzato il terrorismo*, in *Stampa*, 19 luglio 2006, 3). Dello stesso tenore, la Commissione affari esteri della Camera dei Comuni britannica (B. Russell, *Conflict 'may have driven Muslims into arms of al-Qa'ida'*, in *Independent*, 4 agosto 2003, 2). Del resto, l'amministrazione americana, dopo aver pubblicato dati falsati su una decrescita degli attacchi terroristici nel mondo dall'inizio della guerra in Afghanistan, per poter evidenziare successi nella GWOT (*Patterns of Global Terrorism 2003* – Cfr. A. B. Krueger e D. D. Laitin, «*Misunderestimating*» *Terrorism*, in *Foreign Affairs*, 5/2004, 8 ss.), abbia dovuto successivamente evitare di pubblicare il rapporto successivo (*Patterns of Global Terrorism 2004* – di fatto mai pubblicato) in cui si riportava un massiccio aumento degli attacchi terroristici a seguito dell'intervento americano in Iraq, passati, ad esempio, da 175 nel 2003 a 625 nel 2004

dovuto portare ad una revisione delle misure prese dall'esecutivo americano per combattere il nuovo nemico terrorista sul piano interno<sup>173</sup>. Invece, di fronte alla notizia di intercettazioni telefoniche e bancarie illecitamente autorizzate<sup>174</sup> e difese dal governo<sup>175</sup>, da parte del legislatore americano è giunta addirittura una risoluzione di condanna della stampa per aver diffuso la notizia<sup>176</sup>. In ogni caso, la guerra in Iraq ha rappresentato il *culminating point* della criminalizzazione del nemico. Sia perché l'intelligence americana, per dimostrare le tesi sostenute dall'amministrazione, ha gravemente esagerato la minaccia rappresentata da Saddam Hussein<sup>177</sup>, paventando armi di distruzione di massa mai ritrovate<sup>178</sup>, sia poiché, fin dall'inizio, e soprattutto

---

(dati rivelati da Larry Johnson, ex analista della CIA e vicedirettore dell'Ufficio antiterrorismo del Dipartimento di Stato, in un blog personale e ripresi dalla stampa. Cfr. J. S. Landay, *U.S. eliminates annual terrorism report*, in *Seattle Times*, 16 aprile 2005, [http://seattletimes.nwsourc.com/html/nationworld/2002243262\\_terror16.html](http://seattletimes.nwsourc.com/html/nationworld/2002243262_terror16.html)). In generale, per ciò che concerne l'impiego della *vis* militare, è stato appurato che l'uso di interventi armati anche solo selettivi contro organizzazioni terroristiche abbia finora garantito modesti effetti nel lungo periodo sulla sopravvivenza delle stesse (T. Sandler, *Collective Action and Transnational Terrorism*, University of Nottingham, Research Paper 2003/13, 23, disponibile su [http://www.nottingham.ac.uk/economics/leverhulme/research\\_papers/03\\_13.pdf](http://www.nottingham.ac.uk/economics/leverhulme/research_papers/03_13.pdf)).

<sup>172</sup> Il volume *Trends 2005*, edito dal prestigioso *Pew Research Center*, mostra una costante crescita dell'antiamericanismo nel mondo dal 2002. Sebbene la crescita del sentimento antiamericano abbia i suoi massimi, come comprensibile, nel mondo musulmano, non ne appaiono esenti i paesi europei. Le percentuali espone mostrano una consistente paura tra i paesi musulmani per il pericolo rappresentato dalla minaccia militare americana (Cfr. *Pew Research Center, Trends 2005*, Washington, DC, 2005, 105 ss., disponibile su <http://pewresearch.org/assets/files/trends2005-global.pdf>).

<sup>173</sup> Si ricordi, ad esempio, che il *National Counterterrorism Center* americano ha recentemente dichiarato di aver predisposto una lista di 325.000 sospetti di terrorismo in tutto il mondo, di cui solo una minima parte sarebbero cittadini statunitensi (G. Olimpio, *Sono 325 mila i sospetti nella lista nera degli Usa*, in *Corriere della Sera*, 16 febbraio 2006, 13).

<sup>174</sup> D. Eggen, *Bush Authorized Domestic Spying*, in *Washington Post*, 16 dicembre 2005, A01; M. Valsania, *L'occhio della Cia in banca*, in *Sole 24 ore*, 24 giugno 2006, 4.

<sup>175</sup> Si veda la difesa del Ministro della Giustizia Gonzales di fronte alla Commissione Giustizia del Senato, laddove il ministro richiama i poteri di guerra di cui è investito il presidente Bush e la capacità derogatoria di questi sul complesso delle leggi ordinarie americane (C. Poggi, *«Siamo in guerra, si può spiare»*, in *Sole 24 ore*, 7 febbraio 2006, 6).

<sup>176</sup> E. Caretto, *Intercettazioni telefoniche e bancarie. I deputati Usa «censurano» la stampa*, in *Corriere della Sera*, 1 luglio 2006, 12. Del resto, anche la popolazione, secondo un recente sondaggio, supporta le azioni intrusive dei servizi di sicurezza interni. Il 63% degli intervistati in un recente sondaggio del *Washington Post* e della ABC appoggerebbe l'attività dell'NSA in questo campo (E. Caretto, *Americani «spiati», Congresso in rivolta*, in *Corriere della sera*, 13 maggio 2006, 15).

<sup>177</sup> Queste sono le conclusioni della Commissione intelligence del Senato, che, non riscontrando responsabilità nella condotta del Presidente, ha invece stabilito che la CIA avrebbe basato le proprie analisi su informazioni non fondate, ignorando ogni prova contraria (E. Caretto, *La Cia condannata: «Ha esagerato il rischio Saddam»*, in *Corriere della sera*, 10 luglio 2004, 11). Una commissione congiunta del Congresso sull'11 settembre ha anche evidenziato come non fossero fondate le accuse sui legami tra il regime di Baghdad e Osama bin Laden (*Ibid.*, *Casa Bianca sotto accusa per l'11 settembre*, in *Corriere della sera*, 17 giugno 2004, 11).

<sup>178</sup> Sul punto, cfr. H. Blix, *Disarmare l'Iraq: La verità su tutte le menzogne*, Torino, Einaudi, 2004, 251 ss.

una volta che le armi in questione non si sono rinvenute, il regime di Baghdad nel suo complesso è stato criminalizzato, anche mediante la creazione di un tribunale speciale incaricato di giudicarne i membri<sup>179</sup>.

4. – Sebbene il prosieguo della GWOT appaia non del tutto prevedibile e sia troppo presto per poter tentare analisi esaustive, vi sono peraltro tendenze che indicano una seppur parziale correzione di rotta della politica estera americana. Elencarne le motivazioni appare al di fuori dello scopo del presente studio, ma su una cosa si può riflettere: la *one percent doctrine*<sup>180</sup> dell'amministrazione americana non ha dato i risultati attesi. Al contrario, segni di multilateralismo si possono cogliere nella novella *National Security Strategy 2006*<sup>181</sup>, e in quella che è stata definita la fine della «diplomazia

<sup>179</sup> Sul tribunale speciale iracheno costituito per processare gli esponenti del regime baathista cfr. J. Alvarez, *Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony*, in *J. Int'l Crim. Justice*, 2004, 319 ss.; M. P. Scharf, *Is It International Enough?. A Critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice*, in *ibid.*, 332 ss.; D. Zolo, *The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg Paradigm?*, in *ibid.*, 314 ss.

<sup>180</sup> R. Suskind, *The One Percent Doctrine: Deep Inside America's Pursuit of Its Enemies Since 9/11*, New York, Simon & Schuster, 2006. Suskind racconta nel libro della nascita della "dottrina dell'uno per cento". Messo al corrente dall'ex Direttore della CIA Tenet e dal Consigliere per la sicurezza nazionale Rice della possibilità, ancorché remota, di un incontro tra Osama bin Laden e due scienziati pakistani, che in precedenza avevano proposto tecnologia nucleare alla Libia, il vice – presidente Cheney avrebbe affermato: «se c'è una possibilità dell'uno per cento che gli scienziati pakistani stiano aiutando Al Qaeda a costruire o sviluppare un'arma nucleare, noi dobbiamo trattarla come se fosse una certezza nei termini della nostra risposta». Tale dottrina avrebbe spinto il Presidente Bush a prendere decisioni facendo affidamento «sull'impulso e sull'improvvisazione» ad un livello mai visto prima, mentre gli analisti di antiterrorismo e intelligence avrebbero iniziato a pensare che il loro lavoro consisteva non nel «dar forma alla politica, ma nell'affermarla» così come impostata dal governo (B. Gellman, *The Shadow War, In a Surprising New Light*, in *Washington Post*, 20 giugno 2006, C01).

<sup>181</sup> The White House, *National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC, aprile 2006. Nonostante il Presidente Bush enfatizzi che «l'America è ancora in guerra» (introduzione), rispetto alla NSS 2002, il ricorso alla guerra preventiva è più sfumato (ma mantenuto come possibile) e, anzi, si afferma come gli USA preferiscano l'uso di azioni non militari per contrastare le nuove minacce (p. 18). Un certo maggior spazio viene concesso anche alla diplomazia, che deve essere di «trasformazione» ed «efficiente» (p. 33). A tal fine, i diplomatici Usa dovranno prendere atto delle condizioni delle altre società, aiutandole direttamente, fornendo assistenza e imparando dalla loro esperienza (p. 44). Gli USA «supporteranno la riforma delle N.U. al fine di migliorarne l'abilità nella conduzione di missioni di peacekeeping» (p. 16) e riconoscono come le organizzazioni internazionali abbiano un ruolo da svolgere nella risposta alle sfide emergenti della globalizzazione, anche se vi sono casi in cui una *coalition of the willing* può rispondere in maniera «più veloce e creativa» alle emergenze (p. 48 – non è un caso che tra le coalizioni che il documento riporta vi sia quella per rispondere all'emergenza *Tsunami* e non *Enduring* o *Iraqi Freedom*). Secondo Ivo Daalder, *senior fellow* della *Brookings Institution*, «(w)ith the publication of its new National Security Strategy, the Bush Revolution is officially over. We're seeing a return to a foreign policy that is much more akin to the foreign policies pursued by the administration's predecessors than by this administration in its first term» (I. H. Daalder, *Statement on the 2006 National Security Strategy*, Washington, DC, Brookings Institution, 16 marzo 2006, disponibile su <http://www.brookings.edu/views/op-ed/daalder/20060316nss.htm>).

del cowboy» o il «crepuscolo dell'idealismo» *neocoon*<sup>182</sup>. Sul piano del diritto, interno o internazionale, sebbene non si assista oggi ad una consistente inversione di tendenza (che peraltro potrebbe avvenire solo a seguito del cambiamento delle linee politiche dell'attore egemone), si può azzardare fin da ora, proprio in omaggio ai timidi segnali dell'anzidetto capovolgimento di rotta, che presto si faranno insistenti le voci dei critici del "diritto del nemico" e verrà il momento di percorrere a ritroso il *legal path* che ci ha portati laddove ora ci troviamo<sup>183</sup>. Il pericolo per una media potenza come l'Italia è che ci si accorga in ritardo dei cambiamenti in atto e si persista nell'introduzione di norme eccessivamente sanzionatorie, rivolte ad una minaccia sopravvalutata e, comunque, ciò che più conta, non efficaci a contrastare l'effettivo pericolo<sup>184</sup>. Se è vero che la lotta contro il terrorismo internazionale si risolve nel tentativo dello stato di mantenere il monopolio legittimo dell'uso della forza, combattendo soggetti infrastatali che ne minacciano la sovranità<sup>185</sup>, l'unico modo di sconfiggere il terrorismo sembra proprio quello di combatterlo con ordinari o straordinari mezzi di indagine giudiziaria, confinandolo davvero nell'ambito di un fenomeno criminale, an-

<sup>182</sup> M. Allen e R. Ratnesar, *The End of Cowboy Diplomacy: Why George W. Bush's Grand Strategy for Remaking the World Had to Change*, in *Time*, 9 luglio 2006, disponibile su <http://www.time.com/time/magazine/printout/0,8816,1211578,00.html>. Cfr. le critiche *neocoon* alla svolta politica di Bush in W. Kristol, *Kim's Choice – and Bush's. What price will the North Korean dictator pay?* in *Weekly Standard*, 17 luglio 2006, disponibile su <http://www.weeklystandard.com/Content/Public/Articles/000/000/012/399xvqaz.asp>.

<sup>183</sup> Ciò anche se alcuni analisti riferiscono come la paura di possibili attacchi contro gli USA orienti ancora in maniera decisiva il consenso popolare (A. Flores D'Arcais, *Bush, addio alla diplomazia cowboy*, in *Repubblica*, 11 luglio 2006, 29).

<sup>184</sup> Ad esempio, sia il *Terrorism Act 2006* (artt. 1 ss.), che l'italiana L. n. 155/2005 (art. 15) sanzionano penalmente l'apologia del terrorismo, con pene rispettivamente fino a 7 e 5 anni di reclusione. La previsione di pene così elevate per la sola apologia finisce per introdurre surrettiziamente misure di sicurezza custodiali, poiché la condotta del soggetto viene sanzionata sulla base del solo pericolo eventuale dovuto alla mera istigazione di altri individui.

<sup>185</sup> A. Colombo, *op. cit.*, 64. A riprova di ciò, si può notare come sia la legislazione italiana che quella anglosassone siano rivolte a colpire atti terroristici esclusivamente in danno di stati stranieri o organizzazioni governative internazionali, lasciando non sanzionati eventuali attacchi contro organizzazioni private. Per l'Italia cfr. gli artt. 270 bis – sexies c.p. come novellati dalle L. n. 438/2001 e L. n. 155/2005; per il Regno Unito cfr. il *Terrorism Act 2000*, art. 1(4) e il *Terrorism Act 2006*, art. 17(1). Sul tema, 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 (cur.), *Oltre la reazione: Complessità e limiti nella guerra al terrorismo internazionale dopo l'11 settembre*, Pisa, ETS, 2003, 23. In ambito europeo, si può notare come la Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI), definisca all'art. 1 un atto terroristico come un'azione volta a «costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale». L'azione dovrà essere "indebita": si è voluto forse evitare di mettere riferimenti all'illiceità o all'illegalità, poiché, come bene sostiene il prof. Colombo, è proprio l'aggettivo "illegale" che rende debole ogni definizione del terrorismo. Difatti, sostenendo che la proibizione riguarda certi atti compiuti "illecitamente" o "illegalmente", si riconosce implicitamente che vi sia un modo lecito di compiere le medesime condotte (*ibid*, 63 – 64).

che transnazionale, quale esso oggi si presenta<sup>186</sup>. Se poi è vero che la resa in termini giuridici del terrorismo non riesce per la perdita di centralità dello stato nelle relazioni internazionali<sup>187</sup>, è vero anche che, finché non vi è comunanza di idee su come risponderci, una definizione giuridica unitaria è lungi dal poter essere raggiunta<sup>188</sup>.

Come efficacemente notato da Carl Schmitt, «La guerra è solo la realizzazione estrema dell'ostilità. Essa non ha bisogno di essere qualcosa di quotidiano o di normale, e neppure di essere vista come qualcosa di ideale o di desiderabile: essa deve però esistere come possibilità reale, perché il concetto di nemico possa mantenere il suo significato»<sup>189</sup>. Non solo. Ricerche confermano che nelle società democratiche le persone accettano di pagare costi elevati in termini di riduzione della propria libertà e di accesso ai consumi solo se *immaginano* che gli effetti di tali scelte porteranno loro benefici effettivi nel breve periodo<sup>190</sup>: lo spettro del nemico va pertanto mantenuto sempre costante e i risultati positivi della “guerra” comunicati efficacemente all'opinione pubblica<sup>191</sup>. Difficile non riconoscere quanto la ricerca di un nemico esterno da parte del governo USA abbia come obiettivo, *inter alia*, il mantenere salda

<sup>186</sup> Così, ad esempio, A. Cassese, *Da terroristi a prigionieri di guerra*, in *Repubblica*, 21 novembre 2001, 13. Cfr. anche C. Stahn, *International Law at a Crossroad?*, cit., 242 ss. Ci si rende conto che l'affermazione appena resa non esaurisce il dibattito. Nella sostanza, però, appare chiaro come la criminalizzazione di movimenti inseriti a pieno titolo nella vita politica di uno stato (ad es. Hamas o Hezbollah), ovvero che controllano ampia parte del territorio nazionale (ad. es. le Tigri Tamil) non favorisce certamente la normalizzazione del paese entro cui essi operano. Se il fine vero dell'azione politica fosse la riabilitazione dei *failed states* e il mantenimento del monopolio legittimo della forza da parte degli stati, forse converrebbe, a determinate condizioni, prendere atto della situazione reale e riconoscere come governi *de facto* quegli attori sub – statuali che provvedono ad espletare funzioni amministrative su un dato territorio (R. de Nevers, *op. cit.*, 111).

<sup>187</sup> C. Galli, *op. cit.*, 66. Del resto, ciò appare anche come il prodotto della globalizzazione economica, che impone attori comprimari con gli stati sulla scena internazionale (M. S. De Vries, *L'attacco allo stato. Un confronto di idee*, in *Riv. ital. dir. pub. comunitario*, 2000, 1247).

<sup>188</sup> Così H. P. Gasser, *Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law*, in *Int'l Rev. Red Cross*, 2002, 553.

<sup>189</sup> C. Schmitt, *Le categorie del “politico”*, cit., 116.

<sup>190</sup> Estremamente pertinente, a giudizio dello scrivente, risulta lo studio del prof. Cass R. Sunstein del *Joint Center for Regulatory Studies*, costituito da *American Enterprise Institute* e *Brookings Institution*, sulla differente reazione della società americana ai pericoli determinati dal terrorismo e dai cambiamenti del clima. Sebbene questi ultimi possano provocare molti più danni (si pensi all'uragano “Katrina” e alla distruzione di New Orleans nel 2005) e sarebbero perciò da qualificarsi come una priorità rispetto ad un attentato terroristico, la percezione della popolazione, determinata in gran parte da fattori irrazionali, tende a sottovalutare tale minaccia per concentrarsi sulla possibilità di nuovi attacchi (Cass R. Sunstein, *On the Divergent American Reactions to Terrorism and Climate Change*, AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Working Paper 06 – 13, Washington, DC, maggio 2006, disponibile su <http://www.aei-brookings.org>).

<sup>191</sup> Sul tema del ruolo dei mezzi di comunicazione americani nel supportare la guerra al terrorismo cfr. gen. N. Solomon, *MediaWar: Dal Vietnam all'Iraq le macchinazioni della politica e dei media per promuovere la guerra*, Bologna, Nuovi Mondi Media, 2005.

la società americana di fronte alle sfide crescenti della propria “etno – politicizzazione” interna<sup>192</sup>.

Oggi, però, nello scenario internazionale, appare più che mai evidente la necessità del superamento della dimensione tragica del concetto di contrapposizione politica quale forma più estrema di scontro, fondata sul dualismo amico – nemico<sup>193</sup>. La scelta politica può davvero ripartire dalla ridefinizione dei concetti di pubblico e privato<sup>194</sup>, in modo da separare ciò che viene meramente percepito come “diverso” (e quindi riconducibile ad una sfera privata, personale o sociale, che dovrebbe presentarsi quanto

<sup>192</sup> Così Luca Bellocchio:

«Quanto l’assenza di una minaccia esterna abbia effetti destabilizzanti per la democrazia americana, era qualche cosa che era risultata già evidente nelle primissime battute del dopo guerra fredda, quando cominciò a verificarsi un aumento preoccupante dei nemici interni al sistema statunitense e in particolare di quei gruppi dell’estremismo paramilitare cristiano che, con l’attentato di Oklahoma City nel 1995 al palazzo dell’FBI, era tornato prepotentemente sulla scena» (L. Bellocchio, *L’eticizzazione della politica estera americana. Il potere degli “stranieri in patria”*, in *Riv. Scuola sup. econ. finanze*, 1/2006, 185).

«Il processo di inarrestabile etnicizzazione della società americana si sta traducendo in una imponente irruzione nel *foreign policy making* di un numero sempre crescente di gruppi etnici di più recente immigrazione che mantengono e reclamano (a differenza che in passato) fortissimi legami con la madrepatria, che accettano con riluttanza l’idea di una sola patria statunitense, e che mettono in discussione l’idea stessa di un monolitico concetto di interesse nazionale a vantaggio di un più coerente interesse etnico – nazionale» (L. Bellocchio, “*Londington*”? *Forma e forza della nuova Pax Anglosferica*, Working Paper del Dipartimento di studi sociali e politici dell’Università degli Studi di Milano, 15 giugno 2005, 7, disponibile su [http://www.sociol.unimi.it/papers/2005-06-15\\_Luca%20Bellocchio.pdf](http://www.sociol.unimi.it/papers/2005-06-15_Luca%20Bellocchio.pdf)).

Sull’influenza delle *lobbies* ebraiche americane nella politica estera statunitense cfr. J. J. Mearsheimer e S. M. Walt, *The Israel Lobby and U.S. Foreign Policy*, in *London Rev. of Books*, 6/2006, disponibile su [http://www.lrb.co.uk/v28/n06/mear01\\_.html](http://www.lrb.co.uk/v28/n06/mear01_.html):

«More important, saying that Israel and the US are united by a shared terrorist threat has the causal relationship backwards: the US has a terrorism problem in good part because it is so closely allied with Israel, not the other way around. Support for Israel is not the only source of anti-American terrorism, but it is an important one, and it makes winning the war on terror more difficult. There is no question that many al-Qaida leaders, including Osama bin Laden, are motivated by Israel’s presence in Jerusalem and the plight of the Palestinians. Unconditional support for Israel makes it easier for extremists to rally popular support and to attract recruits».

<sup>193</sup> Come sosteneva Schmitt, ad esempio, in *Le categorie del “politico”*, cit., 112. L’obiettivo sarebbe quello di superare la concezione per cui – per usare le parole di Rippepe (E. Rippepe, *Le categorie del “politico”*, in *Mondoperaio*, 3/2005, 141) nella sua critica di C. Schmitt – in mancanza di un nemico esterno, verrebbe meno anche il nemico interno e di conseguenza l’unità politica dello stato. Si tratta forse di sostituire la “dialogica” alla contrapposizione dialettica, poiché «soltanto se tesi e antitesi non vengono mai superate e annullate in una tesi superiore, ma si collocano invece come *poli permanenti di una tensione non eliminabile*, la controversia e il contrasto fra individui e gruppi possono non trasformarsi necessariamente in una negazione violenta dell’altro» (R. Toscano, *op. cit.*, 36).

<sup>194</sup> E. Rippepe, *op. cit.*, 140.

più possibile immune da derive ideologiche<sup>195</sup>) dall'unico nemico possibile: quello pubblico, inteso quale avversario della comunità politica racchiusa nello stato, da combattere anche *manu militari*. Ad una migliore distinzione della sfera pubblica da quella privata conseguirà una corretta caratterizzazione delle politiche e del diritto fruibili in risposta alle nuove sfide della vita inter e infra – statale<sup>196</sup>. La creazione di nemici pubblici immaginari, con l'ausilio di apparati dello stato intenti a supportare le tesi suggerite dagli stessi organi politici che invece dovrebbero consigliare<sup>197</sup>, o l'intraprendere guerre contro "nemici" altrui (la cui politica estera peraltro già oggi presenta lacune vistose nei risultati raggiunti), conduce solamente all'elusione dei pericoli effettivi<sup>198</sup> e alla produzione di nuove minacce fantasma<sup>199</sup>. Ciò avrà come solo effetto, da un lato, il consolidamento, sul piano interno, delle *elites* al potere nei paesi militarmente e/o economicamente più potenti<sup>200</sup>, e, dall'altro, uno stato di guerra perpetua nella quale le società occidentali saranno costrette a vivere, con conseguente perdita progressiva dei diritti civili e delle garanzie raggiunte, senza peraltro conseguire nulla in termini di sicurezza effettiva<sup>201</sup>, vanificata dalla risposta a pericoli inesistenti<sup>202</sup>. Inoltre, la commistione tra la logica della guerra e il riesumato "diritto del

<sup>195</sup> Il che presuppone però un'identità politica da salvaguardare o almeno delle politiche dell'identità, volte a concepire e, perché no, anche a mutare, tale identità e quindi l'interesse nazionale che ne consegue.

<sup>196</sup> Così facendo dovrebbe divenire possibile confrontarsi fruttuosamente con il fenomeno terroristico, evitando che quella che è stata definita da Brzezinski come «una tecnica per uccidere», muti in un'ideologia negativa comune, anche attraverso la manipolazione dell'informazione da parte del potere politico e dei grandi media (L. Tranfo, *Il tramonto del mito americano: Contraddizioni di un mondo a rischio*, Bari, Dedalo, 2006, 132 e 138).

<sup>197</sup> F. Mini, *op. cit.*, 73 e 276 ss.

<sup>198</sup> E' quella che il Generale Mini chiamerebbe "elusione tecnologica", o "elusione degli scopi" (*ibid.*, 148).

<sup>199</sup> Come bene osservato: «L'idea di Guerra al Terrore (...) e una visione del mondo dominata dal pensiero strategico del secondo Novecento – sostenuto dall'influente radicalismo neoconservatore – convertono il violento scontro con l'islam terroristico in una guerra ideologica quanto la guerra fredda» (C. Bonini e G. D'Avanzo, *op. cit.*, 334).

<sup>200</sup> G. Chiesa, *La guerra infinita*, Bologna, Feltrinelli, 2002, 163 ss.; F. Mini, *op. cit.*, 105 e 117.

<sup>201</sup> Come autorevolmente precisato: «Il rischio è quello di sacrificare le fondamentali libertà civili nell'illusoria ricerca di una sicurezza assoluta» (A. Benazzo, *op. cit.*, 6). Il fatto che «libertà e sicurezza siano negoziabili», ovvero che «ad una maggiore sicurezza corrisponda una compressione della libertà (e) viceversa» pare una falsa correlazione, poiché, anche nella Costituzione USA «la (s)icurezza non dovrebbe essere (...) un fine in sé, ma piuttosto uno strumento per accrescere la sfera della libertà», potendosi bene definire quest'ultima, con parole di Edmund Burke, come «legata all'(o)rdine» e non in contraddizione con questo (Viet Dinh, professore alla *Georgetown University* e *Assistant Attorney General* fino al 2003, intervistato in C. Bonini, *Diritti e sicurezza: L'equilibrio difficile delle democrazie*, in *Repubblica*, 13 dicembre 2003, 47).

<sup>202</sup> Di sicuro rilievo appaiono i casi degli allarmi per le olimpiadi invernali di Torino 2006 (C. Bonini, "Kamikaze a Milano e alle Olimpiadi" *l'indagine svela: fu un falso allarme*, in *Repubblica*, 3 marzo 2006, 17) e di Abu Farai al – Libbi. Quest'ultimo, presunto responsabile per le operazioni in occidente di Al Qaeda, catturato in Pakistan nel luglio 2005, collaborando con la CIA, rivelò che l'organizzazione terroristica non disponeva in Italia di collegamenti utili ad organizzare un'operazione. Non solo la notizia non venne divulgata, ma anzi venne

nemico”, mentre da un lato rischia di produrre effetti devastanti sul piano della civiltà giuridica<sup>203</sup>, dall’altro si rivelerebbe comunque inefficace nel contenere gli squilibri di potenza a livello internazionale.

Come qualcuno si è chiesto<sup>204</sup>, si può chiamare “ordine” un assetto delle relazioni internazionali fondato su una guerra infinita?

---

sostituita dal SISMI nella fantomatica apertura di una “scuola di kamikaze” a Milano da parte della medesima Al Qaeda e comunicata al livello politico. La notizia venne poi confermata in sede politica dall’ex Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Gianni Letta nel corso di un’audizione al COPACO. Legittime appaiono pertanto le obiezioni di chi sostiene come «(c)i siamo trovati a combattere (...) una guerra non contro il terrorismo, ma contro un terrore creato con la menzogna e la manipolazione» (G. D’Avanzo, *Così il Sismi inventò la scuola di kamikaze*, in *Repubblica*, 8 luglio 2006, 9).

<sup>203</sup> Cfr. sul punto M. A. Evangelista, *op. cit.*, 50 ss.

<sup>204</sup> L. Ferrajoli, *La guerra e il futuro del diritto internazionale*, in L. Bimbi (cur.), *op. cit.*, 226 e 233.