

Processo penale, delitto politico e “Diritto Penale del nemico”

di Roberto E. Kostoris*

1. Processo penale e autorità costituita

Il ruolo del processo nell’ambito di un “diritto penale del nemico” è stato più volte evocato, tra gli altri, da Padovani, Gonzales Cussac, Donini – che ha affermato: le più vistose restrizioni operabili attraverso un diritto penale del nemico non possono che collocarsi sul versante degli strumenti processuali – e Jakobs, con rilievi su cui tornerò più tardi.

Ed è naturale che i riflettori siano puntati sul processo, se è vero che solo nel processo il diritto penale può vivere in concreto e che, anzi, il processo penale nel tempo si è per certi versi emancipato da questa funzione servente, divenendo – secondo la fortunata metafora di Tullio Padovani – addirittura un “socio tiranno” del diritto sostanziale, proprio con riguardo ai reati di criminalità organizzata, le cui fattispecie sono state ritagliate su precisi moduli investigativi.

Ma è anche naturale che si chiami in gioco il processo penale, dato che esso sembra essere nel panorama del diritto uno degli strumenti più esposti a un’eterogeneità dei fini, soprattutto, perché consente di esercitare – nel quadro di una struttura duttile e dinamica – poteri che non hanno pari in altre potestà statuali, dato che incidono direttamente sulla vita e sul futuro delle persone.

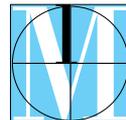
*Professore ordinario di Diritto processuale penale nell’Università di Padova

Per di più, è la stessa parola processo a possedere da sempre una grande forza evocativa, richiamando l’idea di un “accertamento legale”, senza il quale l’applicazione di una pena si trasformerebbe in cieca sopraffazione (*nulla poena sine iudicio*): si tratta di un’idea “forte” alla quale anche dittature e dispotismi si sono almeno formalmente inchinati: anche un processo sommario, un “processo farsa” svela che da solo il gesto politico stenta a trovare legittimazione e che esso ha bisogno di rivestirsi – di fronte all’opinione pubblica – almeno della parvenza di un “rito”. Il processo contro Luigi XVI ne rimane uno degli esempi più emblematici: ed è significativo che Robespierre avesse crudamente ammonito in quell’occasione: l’esecuzione del re è un atto politico; e tale dovrebbe rimanere; ma voi volete un processo perché non attribuite sufficiente forza ai principi della Rivoluzione e invocate le forme della legge per ottenere una legittimazione.

Ma se il processo penale agli occhi dell’autorità può apparire uno strumento così importante per la propria conservazione e la propria difesa, si può immaginare come essa sia ricorrentemente tentata di piegarlo a questi fini, secondo l’eterogeneità a cui si accennava, eclissandone il ruolo che dovrebbe essergli connaturato di

Processo penale, delitto politico e “Diritto Penale del nemico”

Testo rivisto della relazione tenuta all'Incontro internazionale di studio promosso dall'Associazione Franco Bricola a Trento su “Nuovo revisionismo penale. Delitto politico e diritto penale del nemico”.



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

asettico mezzo di accertamento dei fatti. Ecco perché – come la storia ci insegna – ciclicamente il processo penale tende ad assumere le caratteristiche di uno strumento di tutela del potere costituito, o, in versione moderna, della collettività, e, quindi, di “lotta”, o di neutralizzazione dei suoi avversari (lo stesso sviluppo nel XIII secolo del processo inquisitorio in ambito ecclesiastico per sradicare le eresie catara e valdese reca chiaramente quest'impronta finalistica).

2. Processo e delitto politico: uno sguardo alla realtà italiana

Ragionando più direttamente sulla nostra realtà interna, è anzitutto bene ricordare che nel suo complesso il processo penale italiano è da tempo alla faticosa ricerca di un *ubi consistam*. Da un lato, la sempre più pervasiva negoziabilità di certi istituti ne ha eclissato in misura non secondaria e crescente la vocazione accertativa; nell'ottica della giustizia contrattata il processo penale diventa un semplice luogo di disbrigo di “pratiche” a basso costo. Mentre, dal canto loro, i benefici penitenziari istituiti con la riforma dell'Ordinamento penitenziario del 1975, determinando infinite variabili della pena in sede esecutiva e, quindi, compromettendo la sua certezza ed effettività, hanno indebolito il rapporto di strumentalità del processo rispetto al diritto

penale sostanziale.

Da un altro lato, quella funzione cognitiva è stata anche offuscata da impieghi obliqui – e aggressivi – della giustizia penale. Già negli anni '90 Nobili denunciava la deriva di un “processo penale del risultato”, governato più dal potere dei giudici che dalla legge. Fino a giungere all'idea del processo penale come *poena extraordinaria*: qualcosa di più e di diverso di quanto esprimeva la celebre metafora carneltuttiana, secondo la quale la sola pendenza del processo si converte automaticamente in sofferenza per l'imputato. Nella prospettiva di cui stiamo discutendo, la pena è rappresentata dall'effetto di stigma sociale che il circolo mediatico lega al semplice avvio delle indagini preliminari, dove l'informazione di garanzia vale agli occhi dell'opinione pubblica già come una sentenza di condanna. Siamo ad un uso – oltre che improprio – “ostile” del processo: quello di neutralizzare socialmente chi vi è sottoposto per il solo fatto di esservi sottoposto.

Ulteriori e diversi effetti “ostili” del processo si manifestano poi – anche per quanto qui più direttamente ci interessa – in rapporto a quell'entità sfuggente che viene definita “delitto politico”, oggi impersonata particolarmente dai delitti terroristici.

Per la verità, nel nostro ordinamento convivono entrambe le

Giustizia e terrorismo



Giustizia e terrorismo

espressioni antitetiche in cui storicamente questa tipologia di reati si è manifestata. Per un verso, il delitto politico viene preso in considerazione come “diritto di resistenza” – tipico diritto dell’oppresso che lotta contro l’oppressore – quando la dinamica del reato politico coinvolge il rapporto tra il nostro e gli altri ordinamenti: in questo caso il rapporto è di tutela e si esprime nel divieto assoluto posto dalla Costituzione di estradizione per reato politico, sia del cittadino (art.26 comma 2 Cost.), sia dello straniero (art. 10 comma 4 Cost.).

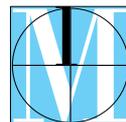
Per altro verso, però, e in misura preponderante, viene in gioco la reazione di difesa che l’ordinamento mette in campo di fronte all’aggressione operata nei suoi confronti dal delitto politico. È la problematica antica ma sempre attuale del *crimen laesae maiestatis*: la ragion di Stato è posta a fondamento delle mille legislazioni dell’emergenza – quasi sempre varate all’insegna dell’emotività a seguito di eventi traumatici e innellate l’una all’altra in un *continuum* senza fine (che, oltretutto ne denuncia l’inidoneità ad affrontare l’emergenza successiva) – il cui impatto si è manifestato soprattutto sul versante processuale nel comporre quel sistema che con espressione tanto allusiva quanto in realtà ambigua e indefinita viene chiamato del “doppio bina-

rio”. Ne è derivato per stratificazione legislativa tra norme contro la criminalità organizzata, la mafia, il terrorismo, una sorta di intero processo penale speciale, dalle indagini fino alla stessa esecuzione penitenziaria. Anzi, poiché il delitto politico si caratterizza sempre per una particolare vaghezza delle fattispecie, operativamente ci si trova, come ha posto in luce Orlandi, di fronte ad un “grande” processo fatto di tante notizie di reato tra loro collegate a scatole cinesi, che aprono inedite (o forse riesumano antiche) tipologie investigative.

Bastano pochi esempi per ricordare quanto le peculiarità del reato politico abbiano determinato discipline processuali differenziate, a valenza “ostile” o comunque svantaggiose, ispirate a intenti di tutela statutale.

Già nella versione originaria del codice del 1988 – pur largamente ispirato ai principi accusatori – l’art. 274 lett.c) prevedeva tra i *pericula libertatis* che legittimano la custodia cautelare l’esigenza di evitare la commissione di particolari reati, tra cui quelli di criminalità organizzata e quelli commessi contro l’ordine costituzionale: la libertà personale può essere compressa per fini di tutela preventiva della società;

L’art. 275 comma 3 c.p.p. prevede un rovesciamento del criterio dell’*extrema ratio* nell’applicazio-



ne della custodia cautelare in carcere quando si sia in presenza di gravi indizi di colpevolezza di reati di mafia: per evitare la più intensa limitazione della libertà occorre che si dimostri in positivo che non sussistono esigenze cautelari.

L'art. 303 fissa termini di durata massima della custodia cautelare più lunghi quando il processo riguarda reati di terrorismo o eversione dell'ordine costituzionale;

Dal canto suo, 'art. 407 c.p.p. indica per gli stessi reati termini massimi più lunghi per le indagini preliminari;

Quando si procede per gli stessi reati è vietato comunicare l'avvenuta iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro (art. 335 comma 3 c.p.p.), per evitare che gli indagati vengano a conoscenza del procedimento che pende nei loro confronti e consentire così agli investigatori maggior libertà di movimento.

I reati di mafia hanno portato a creare addirittura nuovi organi investigativi (le unità antimafia, il procuratore distrettuale e quello nazionale antimafia) e il coordinamento delle indagini ad opera dei medesimi;

L'art. 190**bis** c.p.p. prevede particolari restrizioni nell'esercizio del diritto alla prova nei processi per reati di mafia, che si riflettono anche sul diritto degli imputati di ottenere l'esame delle

persone, le cui dichiarazioni sono state acquisite tramite i verbali di un altro procedimento (art. 238 comma 5 c.p.p.).

All'area codicistica si aggiunge poi il terreno penitenziario, dove l'art. 41 *bis* consente di sospendere le normali regole di trattamento rispetto ai detenuti che abbiano commesso, tra gli altri, reati di terrorismo in presenza di gravi motivi di sicurezza e di ordine pubblico, e dove sono possibili colloqui investigativi da parte delle unità antimafia, ed ora anche da parte della polizia, dei carabinieri e della guardia di finanza a fini di prevenzione e repressione dei reati di terrorismo.

3. Le armi della prevenzione *ante delictum*

Ma, nel quadro degli strumenti "dinamici" contro i reati politici, terrorismo in testa, lo Stato non mette in campo solo le armi della repressione, che tendenzialmente sono peraltro confinate nell'ambito delle indagini preliminari; un ruolo fondamentale è giocato soprattutto da quelle della prevenzione *ante delictum*: un settore molto incrementato anche nella nostra produzione legislativa successiva alla strage dell'11 settembre 2001. L'armamentario è assai nutrito: intercettazioni preventive, attività sotto copertura, permessi di soggiorno a fini investigativi, espulsioni di stranieri immediata-



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

Giustizia e terrorismo

mente esecutive, ma anche modulabili in funzione premiale a fini di indagine, gli stessi colloqui investigativi in carcere, il congelamento dei beni. Non senza contare che, a differenza di altri ordinamenti, il nostro disciplina un vero e proprio procedimento di prevenzione.

E qui si impone un primo rilievo: repressione e prevenzione – e, in qualche misura, anche esecuzione – tendono a condizionarsi reciprocamente, a sovrapporsi e a intrecciarsi, creando zone grigie, che sempre più si colorano di prevenzione (del resto, non poche delle norme “speciali” prima ricordate, pur riguardando il procedimento o il processo, si pongono chiari fini preventivi); si tratta di un fenomeno in espansione che richiederà di essere meglio studiato. La prevenzione si fonda, peraltro, sui due parametri della pericolosità e del sospetto, entrambi incompatibili con il principio di stretta legalità: essa è il regno delle valutazioni opinabili e incontrollabili: anche il controllo del pubblico ministero, o del giudice, nei casi in cui pure sono previsti, riescono necessariamente generici, se generici e indefiniti sono i parametri con i quali essi si devono confrontare.

Occorre, però, evidenziare come una tale “amministrativizzazione” del penale sia cosa ben diversa dalla moderna tendenza ad amministrativizzare gli illeciti penali attraverso la depenalizza-

zione per deflazionare il sistema punitivo. L’amministrativizzazione del penale, infatti, implica di attribuire la forza e la violenza tipiche dello strumento penale al potere amministrativo/esecutivo/politico, senza le garanzie che ne circondano l’esercizio nell’ambito del procedimento e del processo penale. È una tentazione forte e ricorrente rispetto ai delitti politici, anche perché, dei due momenti, quello della repressione e quello della prevenzione è sicuramente il secondo a riuscire più incisivo per la tutela dello Stato e dei cittadini: se la repressione si volge ai fatti del passato, la prevenzione guarda a quelli del futuro; obiettivo della prevenzione è sventare l’attacco terroristico; scopo della repressione è (soltanto) individuare e condannare coloro che l’hanno già realizzato.

Ciò significa che il terreno elettivo per una azione di “lotta”, di “contrasto” è soprattutto quello della prevenzione; o quello della repressione nel momento in cui essa venga a confondersi con la prevenzione o ne assuma su di sé certe funzioni: come nel caso in cui, proponendosi il reato associativo quale *continuum* criminoso, che inizia nel passato ma che si proietta nel futuro, la fase investigativa possa diventare un’occasione per conoscere da autori noti reati ignoti e specialmente progetti criminosi ancora non realizzati.



4. Fuori dallo Stato di diritto: nemici non-persone e tortura “legale”

Fino a che punto può spingersi “questo” tipo di lotta? La forte ventata neoautoritaria che è seguita agli eventi dell’11 settembre 2001 nella legislazione antiterrorismo di molti Stati occidentali, in cui si è registrato un gigantismo della prevenzione, rende di drammatica attualità il dibattito su cui si impernia questo convegno circa i limiti che gli Stati dovrebbero rispettare nella lotta per la sicurezza.

Gunter Jakobs propone provocatoriamente di distinguere un diritto penale del “cittadino”, rivolto a coloro che delinquono sporadicamente, e con i quali comunque l’ordinamento è in grado di dialogare, in quanto essi ne intendono i principi e non ne contestano i fondamenti, da un diritto penale del “nemico”, riservato a chi si pone invece in una posizione di sistematico e programmatico contrasto criminoso con lo Stato e i suoi principi fondamentali, a chi si colloca, cioè, al di fuori dell’ordine sociale perché vuole minacciarlo, diventando per principio un avversario dell’ordinamento giuridico, come accade proprio per i terroristi internazionali, specie di matrice islamica. I “nemici” – per Jakobs – andrebbero trattati come “non persone”, e privati delle garanzie che lo Stato di diritto accorda invece ai “citta-

dini”. Nei loro confronti lo strumento penale dovrebbe assolvere essenzialmente ad uno scopo di neutralizzazione, come accade in guerra per il nemico, facendo leva proprio sulla sua dimensione preventiva. Un’elaborazione che tocca la sua punta estrema a proposito della tortura, che, nell’impostazione di Jakobs – e, ancor più, in quella dello statunitense Alan Dershowitz – potrebbe essere ammessa legalmente (Dershowitz parla addirittura di un “mandato di tortura” del giudice), sia pure solo in casi eccezionali e con opportuni controlli medici, nei confronti dei “nemici”, quando appaia necessaria per scongiurare un pericolo imminente per la vita di più persone: è il caso tipico della bomba già innescata di cui solo il terrorista conosce la localizzazione e che esplodendo provocherà una strage.

L’impostazione di Jakobs, a tratti sfuggente e indefinita, sembra per la verità oscillare tra una dimensione descrittiva e una dimensione prescrittiva di un fenomeno. E certo essa si compendia in un paradosso: per lui dovrebbe mantenere le forme del diritto (sia pure del nemico) qualcosa che in realtà nega il diritto stesso, o, meglio, le regole minime del diritto proprie di uno stato di diritto modernamente inteso. Egli cioè riveste – ripetiamolo, in un modo che oscilla tra l’essere e il dover essere – di diritto le espressioni di



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati



Giustizia e terrorismo

atti di forza di natura politica. Certo, se il nemico è posto fuori del diritto (e quindi non assume lo *status* di criminale) e viene combattuto con le armi della politica non c'è alcun modo di governare questo combattimento con le regole del diritto; ma se si vuole sottoporre l'azione di contrasto a queste ultime, ciò non potrà avvenire che nei limiti fissati dal diritto, e, dunque, con misure che, pur nella loro durezza, non contraddicano comunque i fondamenti dello Stato di diritto. Jakobs tenta invece una terza via: quella di mantenersi nell'ambito del diritto, sia pure di un diritto a più basso livello (il diritto penale del nemico, appunto), essendo tuttavia pronto a non riconoscergli ciò che differenzia il diritto dalla forza, vale a dire il rispetto delle garanzie fondamentali. Come concepire, del resto, per restare nell'ambito del nostro angolo di visuale, un processo penale contro una "non-persona"? Si tratterebbe di una contraddizione in termini, poichè il processo presuppone comunque un rapporto tra "oggetti".

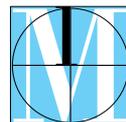
Analoghi rilievi si possono muovere alla proposta di introdurre una tortura legale, sia pure solo a fini di prevenzione; proposta che, oltretutto, *de iure condito*, appare irricevibile alla luce di una serie di esplicite previsioni a livello internazionale, nell'ambito delle quali spicca, in particolare, l'art. 3 Conv.

europea dei diritti dell'uomo – a cui l'Italia ha dato ratifica ed esecuzione, e che dunque fa parte del nostro ordinamento – il quale pone un divieto assoluto di ricorrere a questo strumento, anche nel caso di sospensione da parte di uno Stato delle garanzie previste dalla Convenzione (art. 15 comma 2). Tale divieto ci riporta ad una logica che, ripudiando l'impostazione utilitaristica di un fine che comunque giustifica i mezzi, valorizza il principio secondo il quale anche la difesa dei valori più importanti incontra in uno Stato di diritto dei limiti invalicabili, il cui superamento sconfesserebbe i fondamenti stessi su cui quel tipo di Stato si regge, minandolo così alla radice. Non senza aggiungere che, oltretutto, la tortura possiede una naturale vocazione espansiva. Pecherebbe di ingenuità la proposta di un suo impiego eccezionale. Basta ammetterla una volta perché contaminati presto o tardi tutto il sistema e la logica che lo regge: la storia è troppo prodiga di esempi in tal senso perché si possa fingere di ignorarli.

5. Le più recenti linee di tendenza nella nostra legislazione contro il terrorismo: uno sbilanciamento dal giudiziario all'esecutivo

Sappiamo che l'idea di una lotta al terrorismo che contempli l'esclusione dei diritti fundamenta-

Processo penale, delitto politico e “Diritto Penale del nemico”



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

li non rappresenta solo il frutto di una tesi provocatoria sostenuta nell’ambito di un dibattito culturale; essa ha ispirato reazioni concrete dopo l’11 settembre 2001 da parte di Stati che pure hanno alle spalle una lunga tradizione democratica come l’America: lo dimostrano provvedimenti come il PATRIOT ACT e il riesumato il potere presidenziale di definire i terroristi “nemici combattenti”, da confinare in prigioni-lager e da assoggettare a processo senza le garanzie che spettano agli imputati e senza i diritti previsti dalla Convenzione di Ginevra per i prigionieri di guerra.

Un approccio di questo tipo è, invece, del tutto estraneo alle misure approvate da noi sull’onda lunga dell’attentato alle Torri Gemelle e delle stragi di Londra e Madrid, che non distinguono tra “cittadini” e “nemici”, e si mantengono comunque all’interno dei principi di fondo di uno stato di diritto, quand’anche si possano individuare al loro interno singoli aspetti eccipienti dal punto di vista della loro ortodossia costituzionale.

Ciò che va però messo in rilievo è che in esse si coglie con chiarezza un passaggio di poteri dagli organi giudiziari agli organi dell’esecutivo (si pensi solo al capitolo delle espulsioni gestite nella l. n. 155 del 2005 dai prefetti e dal Ministro dell’Interno nel quadro precipuo di una politica della pre-

venzione anche quando siano in gioco esigenze relative ad indagini penali in corso, per non parlare dei poteri della polizia e degli apparati di *intelligence*). E questo affievolirsi della cifra già non forte della giurisdizione nell’ambito della prevenzione, presenta rischi evidenti, tenendo conto del fatto che si tratta di un terreno che incide sui diritti di libertà e nel quale, per di più, una tipica garanzia processuale come la presunzione di innocenza – che già l’esistenza di “reati di sospetto”, quali sono i reati di terrorismo, incrina fatalmente all’interno della repressione – non può comunque trovare cittadinanza (la regola di trattamento che essa esprime presuppone infatti che sia in gioco la rimproverabilità di una condotta criminosa già realizzata).

Né c’è da fare troppo affidamento in proposito sul controllo esercitabile a livello internazionale ai sensi dell’art. 15 Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il quale prevede che uno Stato che si ritenga in guerra o si senta minacciato da un pericolo pubblico deve informare il Segretario generale del Consiglio d’Europa delle misure prese e dei motivi che le sorreggono, sottoponendosi così in modo trasparente ad un controllo da parte degli organi della Convenzione sulla stretta necessità delle misure adottate. Come ben si sa, gli Stati sono restii a dichiarare

Giustizia e terrorismo



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

Giustizia e terrorismo

pubblicamente di trovarsi in simili situazioni e a denunciare il livello di restrizione delle libertà praticato, che spesso è affidato soprattutto alle prassi, che stanno sempre un gradino sotto la legge, e che presentano un esiziale effetto inquinante sul sistema.

E allora – anche non dimenticando che spesso sotto l’egida della lotta al terrorismo sono state varate norme restrittive di applicazione generale – andrebbe almeno fissato un principio di “adeguatezza”, alla stregua del quale per procedere a restrizioni di libertà lo Stato dovrebbe dimostrare di aver dato fondo prima a tutte le altre risorse disponibili: una sorta di “patto di efficienza” tra Stato e cittadini. Mentre la nostra produzione normativa più recente di contrasto al terrorismo reca esempi vistosi di scelte poco razionali, ispirate a una visione strategica di corto raggio, di ritardi organizzativi e di formule velleitarie.

Ad esempio, un difetto di fondo della l. n. 155 del 2005, che pure ha introdotto nella lotta al terrorismo internazionale molte misure già sperimentate con successo nel contrasto alla mafia, è stato quello di non creare un coordinamento centralizzato delle indagini sul modello del Procuratore nazionale antimafia, con evidenti ripercussioni negative sulla possibilità di ottenere una concentrazione di conoscenze investigative e di dati

e l’elaborazione di strategie unitarie nella lotta al terrorismo; per di più la mancanza di un tale centro operativo contraddice apertamente la logica della cooperazione internazionale, specie in riferimento a reati di terrorismo compiuti da organizzazioni abituate ad operare a livello planetario, con facili trasferimenti di uomini e mezzi da un Paese all’altro, che richiederebbe almeno riferimenti nazionali unitari, mentre attualmente sono considerati corrispondenti nazionali di eurojust ognuno dei ventinove Procuratori generali presso le nostre Corte d’appello.

Un esempio caso di previsione velleitaria? I prelievi biologici coattivi a fini di identificazione personale disciplinati dalla l. n. 155 del 2005, che tante perplessità hanno suscitato sotto il profilo della loro legittimità costituzionale, soprattutto per il dubbio rispetto della riserva di giurisdizione, ma sui quali tanto affidamento si faceva per individuare con prontezza i sospetti terroristi, rischiano di risultare del tutto inutili in mancanza di una banca dati dei profili DNA che consenta di effettuare gli opportuni confronti tra impronte genetiche; e, per di più, i tempi fisiologici per provvedere alla loro analisi appaiono materialmente incompatibili con il termine massimo, portato dalla stessa legge a ventiquattro ore, in cui è possibile trattenere l’indagato presso gli

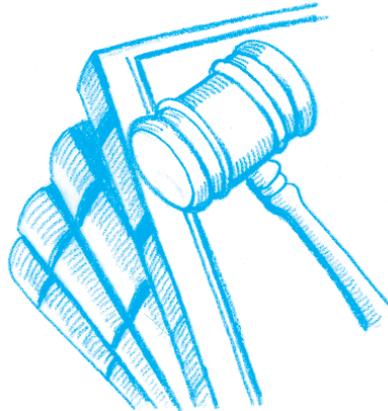
Processo penale, delitto politico e “Diritto Penale del nemico”



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

uffici di polizia per la sua identificazione.

Se è giusto non abdicare al rispetto delle garanzie minime nella lotta al terrorismo internazionale, diventa imprescindibile mettere in campo – all’interno di quei confini – il massimo della razionalità, delle risorse e dell’efficienza nell’azione di contrasto.



Note

1. Partiamo da alcune coordinate di fondo: Insomma, gli espedienti usati dal potere politico per poter esercitare la sua forza nei confronti di coloro che a torto o a ragione si pongono (o si ritiene che si pongano) contro di esso sono due, tra loro strettamente coordinate: trasformare il “nemico” in criminale e rivestire di forma processuale una scelta politica ad esito scontato

Servirsi del processo significa dunque far leva su uno strumento di formidabili potenzialità, ma tantopiù insidioso quanto più esso si sia allontanato dal suo scopo tipico, dissimulando sotto mentite spoglie funzioni eterodosse.

Nella sua configurazione classica il processo ha una funzione servente rispetto al diritto sostanziale: serve ad applicarlo, accertando in concreto se la norma incriminatrice sia stata violata. Ma già a questo livello esso partecipa di tutte le ambiguità che possono caratterizzare quest’ultima: così, se essa è concepita per punire modi d’essere anziché azioni, il processo diventerà lo strumento pratico per realizzare quest’obiettivo. È una strisciante rivoluzione copernicana, perché un diritto penale d’autore (pensato cioè per colpire un certo tipo di soggetti) implica un processo penale a priori indirizzato a rendere concreto questa finalità: dunque un processo che smarrisce la presunzione di non colpevolezza. Infatti, Inoltre, nella sua evoluzione più recente il processo penale ha anche superato

questo ruolo servente, puntando sempre di più ad acquistare spazi di autonomia. In questa prospettiva il processo è spesso diventato uno strumento “autosufficiente”: più che accertare, funge esso stesso da sanzione, come accade quando si trovi a perseguire scopi di neutralizzazione; oppure si trasforma – o, meglio, alcuni suoi istituti si trasformano – in strumento di prevenzione: non guarda ai fatti del passato (come è ovvio che avvenga quando la sua funzione sia di accertare), ma a fatti del futuro, per scongiurare il loro realizzarsi. Insomma, il processo si presta a diventare una tecnica per raggiungere finalità politiche

E sappiamo quanto un fenomeno del genere abbia conquistato terreno nella nostra realtà. Da mezzo legale di accertamento dei reati, secondo la funzione che gli è e gli dovrebbe essere propria, il processo penale è divenuto tante altre cose, rinnegando, almeno in parte sé stesso. Lo ha fatto, per un verso, con la giustizia negoziata, e, in particolare, con il patteggiamento, assumendo forme contrattualistiche che ne hanno svuotato la funzione cognitiva, in nome di primari obiettivi di decongestione del sistema. Qui il processo penale ha assunto un volto mite e remissivo, trasformandosi quasi in un luogo di definizione burocratica di “pratiche”.

Ma lo ha fatto anche su un versante opposto – che qui in particolare interessa – assumendo tratti sempre più aggressivi. Da un ruolo in certi casi

Giustizia e terrorismo



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

Giustizia e terrorismo

Processo penale, delitto politico e "Diritto Penale del nemico"

servente rispetto a fini di prevenzione generale, fino a forme di stigma sociale (il pensiero va a tangenti e delitti politici) e, infine, a mezzo di "contrasto", di "lotta", specialmente nel settore, cruciale per i nostri tempi, ma scivoloso e indefinito dei reati associativi, che caratterizza la criminalità organizzata, la mafia, e – ora soprattutto – il terrorismo internazionale. Un obiettivo perseguito al contempo sul piano sostanziale attraverso una costruzione di questi reati sempre più in chiave di diritto penale d'autore, anziché di diritto penale del fatto.

Anche in questo caso la funzione cognitiva del processo è stata corrosa e sfigurata. Come giustamente sostiene Donini, proponendosi il reato associativo come un *continuum* criminoso, che inizia nel passato, ma che si proietta nel futuro, il processo diventa in questo caso (anche, ma forse soprattutto) un'occasione per conoscere da autori noti reati ignoti e specialmente progetti criminali ancora non realizzati. Esso partecipa così di funzioni preventive (oltre che e più che) di finalità accertative.

2. In un contesto di questo tipo si colloca il tema di questo convegno: "Delitto politico e diritto penale del nemico". È il tema antico, ma sempre attuale dei *crimina excerpta*; ma nuova, in qualche misura, è l'impostazione e la provocazione con cui viene presentato oggi, soprattutto da Gunter Jakobs, che contrappone un diritto penale dei "cittadini", cioè di coloro che delinquono sporadicamente, e con i quali comunque l'ordinamento è in grado di dialogare, in quanto essi ne intendono i principi e non ne contestano i fondamenti, a un diritto penale del "nemico", riservato a chi si pone invece in una posizione di sistematico e program-

matico contrasto criminoso con lo Stato e i suoi principi fondamentali, a chi si colloca, cioè, al di fuori dell'ordine sociale perché vuole minacciarlo, diventando per principio un avversario dell'ordinamento giuridico; come accade proprio con i terroristi internazionali, specie di matrice islamica. I "nemici" – per Jakobs – andrebbero trattati come "non persone", e privati delle garanzie che lo Stato di diritto accorda invece ai "cittadini". Nei loro confronti lo strumento penale dovrebbe avere essenzialmente uno scopo di neutralizzazione, come accade in guerra per il nemico, presentandosi quindi in una dimensione più preventiva che repressiva. Un'elaborazione che tocca la sua punta estrema a proposito della tortura, che, nell'impostazione di Jakobs, e, ancor più, in quella di Alan Dershowitz, potrebbe essere ammessa legalmente, sia pure in casi eccezionali, nei confronti dei terroristi, quando sia necessaria per scongiurare un pericolo imminente per la vita di più persone: è il caso tipico della bomba già innescata di cui solo il terrorista conosce la localizzazione e che esplodendo provocherà una strage.

L'impostazione di Jakobs, a tratti sfuggente e indefinita, sembra per la verità oscillare tra una dimensione descrittiva di un fenomeno e una dimensione normativa. E certo essa si compendia in un paradosso: per lui dovrebbe mantenere le forme del diritto (sia pure del nemico) ciò che in realtà nega il diritto stesso, o, meglio, le regole minime del diritto proprie di uno stato di diritto modernamente inteso. Egli cioè riveste – ripetiamolo, in un modo che oscilla tra l'essere e il dover essere, tra lo *ius conditum* e quello *condendum* – di diritto le espressioni di atti di forza di natura politica.