

DALLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA

**Verso un diritto penale transnazionale
del nemico? Un'analisi comparativa del concetto
di terrorista nelle leggi antiterrorismo
di
Italia, Francia e Brasile**

Questo articolo si propone di discutere come il concetto di terrorista possa essere considerato un tipico trapianto giuridico nell'ancora incipiente diritto penale transnazionale, da considerarsi in formazione nelle ultime due decadi. Come ipotesi teorica di questo problema si cercherà di verificare la possibilità di un elevato livello di precisione terminologica e le convergenze concettuali in tre esperienze legislative diverse: Italia, Francia, Brasile. Come fondamento epistemologico per condurre questa breve ricerca comparativa, la nozione di criminale di Michel Foucault così come quella di nemico di Carl Schmitt e Günther Jakobs saranno utilizzate per rendere possibile una valutazione critica delle leggi antiterrorismo di questi tre paesi.

This article tries to discuss how the concept of terrorism could be understood as a typical legal transplant in the present incipient transnational criminal law that would be in formation since the last two decades. As a theoretical hypothesis for this problem we will try to verify the possibility of a high level of terminological precision and conceptual convergences in three different legislative experiences: Italy, France, Brazil. As an epistemological basis for conducting this brief comparative research, the notions of criminal in Michel Foucault and of enemy in Carl Schmitt and Günther Jakobs will be used in the sense of making possible a critical evaluation of the antiterrorist laws of those three countries.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La transnazionalizzazione del fenomeno giuridico: il comparativismo fra pretese di uniformizzazione legislativa e di armonizzazione giuridica. - 3. Dal criminale al nemico. - 3.1. Il criminale nel diritto penale alla luce del pensiero di Foucault. - 3.2. Il terrorista come nemico assoluto: uno sguardo schmittiano su Jakobs. - 4. Le recenti esperienze legislative in Italia, Francia e Brasile sono casi di trapianto giuridico del concetto di terrorista? - 4.1. Italia. - 4.2. Francia. - 4.3. Brasile. - 4.4. Il diritto penale del nemico tra costituzionalismo transnazionale e stato di eccezione internazionale. - 5. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

Dopo l'ascesa del terrorismo internazionale alla fine del XX secolo, in particolare dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001 a New York e al Pentagono, è emersa una sorta di politica criminale internazionale, guidata dagli Stati Uniti e dai suoi alleati, destinata a promuovere la difesa della pace contro ogni minaccia interna o esterna, anche tramite misure preventive. Questo fenomeno è sintetizzato nell'espressione *global war on terrorism (GWOT)*, coniata dal governo statunitense dopo gli attacchi dell'11 settembre, e stabilisce con precisione il momento in cui il terrorismo diventa il punto centrale di ciò che

verrebbe poi definita una guerra civile mondiale.¹ Il 26 ottobre 2001 è stato il giorno in cui il Presidente degli Stati Uniti, George W. Bush, ha firmato il paradigmatico *USA Patriot Act*: un decreto approvato dal Congresso statunitense assumeva allora la condizione di rilevante parametro internazionale nella lotta contro il terrorismo. Il concetto stesso di terrorista non viene precisamente definito in questo decreto, però le sue caratteristiche più rilevanti sono delineate nelle diverse previsioni di comportamento e pratiche, da cui si è in grado di dedurre implicitamente gli attributi di tale concetto.

Gli anni sono passati e proposte legislative sempre più restrittive verso i diritti umani sono state introdotte nella maggioranza delle democrazie occidentali. In questo senso, il presente articolo si propone di discutere come il concetto di terrorista possa essere considerato un tipico trapianto giuridico nell'attuale e ancora incipiente diritto penale transnazionale, costituitosi nelle due ultime decadi. Come ipotesi teorica di questo problema si cercherà di verificare la possibilità di un elevato livello di precisione terminologica e le convergenze concettuali di tre esperienze legislative diverse: Italia, Francia, Brasile. Come fondamento epistemologico per condurre questa breve e puntuale ricerca comparativa, le nozioni di criminale di Michel Foucault e di nemico di Carl Schmitt e Günther Jakobs saranno impiegate ai fini di una valutazione critica delle leggi antiterrorismo di questi tre paesi.

2. La transnazionalizzazione del fenomeno giuridico in materia penale: il comparativismo fra pretese di uniformizzazione legislativa e di armonizzazione giuridica

Esistono diverse prospettive per affrontare i problemi riguardanti il fenomeno della transnazionalizzazione (per molti globalizzazione², *mondialisation*) del diritto: sia dal punto di vista delle relazioni internazionali per quanto riguarda il ruolo politico delle istituzioni sovranazionali, sia dal punto di vista del diritto internazionale in merito alla funzione del diritto stesso e dei tribunali internazionali. Tuttavia, il comparativismo come metodo di studio ha permesso che il diritto comparato ed anche il diritto costituzionale comparato diventassero vere scienze giuridiche, una volta che ambedue si distinguono da qualsiasi

¹ GALLI, *La guerra globale*, Roma-Bari, 2002, 68, afferma che la guerra globale è una guerra civile mondiale «diversa da una guerra civile tradizionale perché non è interna a uno Stato, e non è neppure, nella sua essenza più significativa, una guerra fra due Stati (Usa e Afghanistan), né fra uno Stato e un non-Stato (Usa e Al Qaida); è piuttosto il conflitto fra due funzioni globali, fra due reti sovrapposte più che in contrapposte, fra un Impero e un non-Impero che non hanno confini in comune ma che entrano l'uno nell'altro, entrambi alla ricerca di un'identità legittimata politicamente.»

² Per una proposta interessante di analisi teorica della globalizzazione del diritto penale, si veda HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001.

si altra disciplina giuridica, nella misura in cui hanno come oggetto di studio una pluralità di ordinamenti giuridici operanti oggi come in passato; oltre a ciò, hanno come scopo comune quello di andare oltre la mera conoscenza di ordinamenti diversi, cercando di comprendere le differenze e le similarità tra le strutture, gli istituti, le categorie normative e le tradizioni giuridiche studiate. Quindi, per osservare il fenomeno della transnazionalizzazione del diritto, soprattutto del diritto penale, è necessario stabilire una chiara prospettiva metodologica – che qui, in questa ricerca, sarà nettamente comparativa.

La ricerca per confronti tra regole diverse è una sorta di attività intellettuale che era già presente nell'antichità romana e greca; si ricordi che con Aristotele si sono resi celebri i paragoni tra i *nomoi* e soprattutto tra la *politeia* di una *polis* e quella di un'altra in contrasto tra di loro. Nonostante questa lontana origine della comparazione, è stato soltanto all'inizio della seconda metà dell'Ottocento che gli studi di diritto comparato sono emersi con una propria metodologia autonoma e moderna. La fondazione della *Société de législation comparée* a Parigi, nel 1869, ha rappresentato il primo momento in cui i comparatisti hanno cominciato a organizzarsi così da permettere che nel 1900, ancora a Parigi, avesse luogo il primo Congresso Internazionale di Diritto Comparato. Poi a L'Aia, nel 1924, è stata inaugurata l'*Académie internationale de droit comparé*. René David diceva che lo sviluppo del diritto comparato nel corso del XIX secolo è stato una reazione alla nazionalizzazione eccessiva che il diritto ha subito in quel secolo.³

Nonostante il metodo comparativo sia immemorabile nella storia delle civiltà e benché trarre ispirazione da leggi di altri paesi fosse una pratica legislativa molto diffusa nei secoli antichi, le vicende accademiche e scientifiche che hanno originato l'emergere del diritto comparato nella seconda metà dell'Ottocento e nell'inizio del Novecento rappresentano la sistematizzazione di una nuova disciplina giuridica. Esempio molto interessante da citare è l'influenza all'estero del c.d. Codice leopoldino, emanato dal Granduca Pietro Leopoldo d'Asburgo il 30 novembre 1786; tale riforma della legislazione penale della Toscana ha promosso diritti sostanziali e procedurali nei riguardi della "correzione del Reo" e si è espressa contro misure inumane e crudeli, come la tortura giudiziaria e la pena di morte, diventando un modello che ha influenzato altre legislazioni, come il Codice di Diritto Penale del Brasile (1830). Prima codificazione penale brasiliana dopo l'Indipendenza dal Portogallo (1822) e in concomitanza con la Costituzione del Brasile Impero (1824), il progetto di questo Codice, curato da Bernardo Pereira de Vasconcelos, è

³ DAVID, *Les grands systèmes du droit contemporains (droit comparé)*, Paris, 1998, 3.

stato concepito per inserire il neonato Stato indipendente nelle tendenze illuministe che in Europa, in particolare in Italia, Francia e Austria, hanno razionalizzato il processo penale e sistematizzato il diritto sostanziale penale, nonostante venissero ancora criminalizzate alcune pratiche culturali degli schiavi e fosse prevista la pena di morte.⁴

Diversamente dai movimenti legislativi come il suddetto, lo sviluppo del diritto comparato ha caratterizzato il pensiero giuridico del XX secolo in un modo particolare: anziché essere concepito come una branca del diritto positivo, è stato trattato come una disciplina giuridica autonoma, dal punto di vista epistemologico, destinata alla comprensione dei singoli diritti positivi. Per Alessandro Pizzorusso il diritto comparato si distingue da qualsiasi altra disciplina perché il suo oggetto di studio è una pluralità di ordinamenti giuridici attualmente operanti e anche perché assume come obiettivo finale «non tanto la conoscenza di ciascuno degli ordinamenti presi in esame in ogni suo dettaglio, quanto il confronto fra essi e la conseguente analisi delle differenze e delle analogie di struttura e di disciplina ravvisabili.»⁵ In questo senso, Rodolfo Sacco ricorda che la comparazione presuppone l'accertamento dei modelli giuridici da studiare, con particolare attenzione alle differenze e similarità tra di loro.⁶

Ammissa l'idea che il diritto comparato sia una disciplina giuridica autonoma, quali sarebbero i suoi obiettivi? Sarebbe possibile individuare degli scopi per il diritto costituzionale comparato oppure per il diritto penale comparato? Prima di tutto, un dibattito di questo tipo cambierebbe la proposta metodologica che guida la presente ricerca. Tuttavia, proprio per questo è importante sostenere l'esistenza di uno scopo che tanto nel diritto penale comparato quanto in quello costituzionale è spesso citato dalla dottrina: la pretesa di unificazione legislativa.

In un articolo del 1935, Gian Carlo Angeloni prevedeva, come riflessione conclusiva del suo testo, che «L'intelligente conoscitore del diritto penale comparato di oggi sarà il profondo e autentico interprete del diritto penale universale di domani.»⁷ Ciò perché il «diritto penale comparato assurge al rango di strumento naturale ed indispensabile, attraverso il quale ponendo in

⁴ Sul tema, si veda FOUCHER, *Code criminel de l'Empire du Brésil*, Paris, 1834. Ancora sulla storia della giustizia, si veda ROUSSEAU, DUPONT-BOUCHAT, VAEL (a cura di), *Révolutions et justice pénale en Europe*, Paris, 1999.

⁵ PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 148.

⁶ SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 5-6.

⁷ ANGELONI, *L'importanza odierna del diritto penale comparato*, in *La giustizia penale: rivista critica di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, 41, 1, 1935, 224.

evidenza le affinità e le divergenze tra i vari sistemi giuridici si controlla, si segue, si precisa e soprattutto si incoraggia tale movimento di unificazione; di cui il diritto comparato rappresenta appunto il necessario presupposto, proprio per il potere che esso possiede di esporre con esattezza e con diligenza le situazioni particolari e di avanzare i suggerimenti e le proposte relative.»⁸

Recentemente e in un modo pertinente ai processi integrazionisti dell'Unione Europea, si è verificata in materia penale la sostituzione dell'utopica espressione uniformizzazione con quella di armonizzazione. In pratica, l'unificazione sarebbe più appropriata per la definizione di precetti generali e astratti, mentre l'armonizzazione risulterebbe essere una misura più idonea per precetti specifici, fattispecie di fonte comunitaria e interessi non meramente interni a uno Stato particolare.⁹

Per quanto riguarda il diritto costituzionale comparato, Paolo Biscaretti di Ruffia ha scritto un trattato classico con una proposta metodologica basata su quattro scopi per tale diritto: (1) *soddisfacimento di esigenze di ordine culturale*, ossia un modo per arricchire la dottrina costituzionale locale con studi sugli ordinamenti degli Stati contemporanei ed anche di organizzazioni politiche del passato; la complessità del mondo contemporaneo, i diversi processi di globalizzazione e la necessità di approfondire le conoscenze verso gli altri popoli rendono questa esigenza meramente culturale nel senso di una migliore conoscenza di altri fenomeni sociali, politici e soprattutto giuridici; (2) *promuovere un miglioramento dell'interpretazione e una rivalutazione delle istituzioni giuridiche nazionali*: si tratta di un obiettivo presente in ogni attività comparativa; studiare altri sistemi giuridici e ordinamenti costituzionali sulla base di una metodologia precisa risulta in conclusione nella possibilità che questi vengano messi in discussione nell'ambito politico nazionale, o possono ausiliare nell'interpretare le norme giuridiche dell'ordinamento nazionale oppure venire rafforzati per quanto riguarda le convinzioni preesistenti sul modo di attuare una determinata norma del diritto costituzionale positivo; (3) *funzione nomotetica*: l'analisi delle esperienze precedenti e in corso in altri ordinamenti costituzionali offre allo studioso comparatista conclusioni e risultati che possono per esempio ostacolare una determinata politica legislativa in discussione oppure, al contrario, rafforzare le idee alla base di una proposta di legge; (3) *unificazione legislativa*: è un obiettivo presente in altre aree che utilizzano il diritto comparato in generale, come il diritto d'impresa, il diritto

⁸ ANGELONI, *Op. cit.*, 221-222.

⁹ Sul tema, si veda BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in *Diritto Penale Comparato, Europeo e Internazionale: prospettive per il XXI secolo*, a cura di Foffani, Milano, 2006, 109 ss.

dei contratti ecc. Nonostante un certo livello di utopia, i processi di integrazione regionale tra Stati e le discussioni sul rafforzamento delle giurisdizioni internazionali ci portano anche a pensare che il diritto costituzionale comparato possa avere come scopo l'unificazione legislativa di concetti astratti e sostanzialmente universalizzabili, pur rispettando certamente l'autonomia costituzionale degli Stati e la diversità dei popoli.¹⁰

Quando si ammette la possibilità dell'unificazione come scopo del diritto comparato, anche in materie penali e costituzionali, la domanda su come procedere a questa comparazione è inevitabile. Guidata da quale(i) principio(i) metodologico(i) si svolgerebbe una tale ricerca comparativa? Come si potrebbe strutturare la comparazione? Biscaretti di Ruffia diceva che la funzionalità è il principio metodologico basilare di tutto il diritto comparato: «Non si può effettuare una comparazione tra elementi che di fatto non possono essere comparati. Nel diritto può essere comparato solamente ciò che adempie allo stesso compito, alla stessa funzione.»¹¹ Anche in Biscaretti di Ruffia è molto diffusa l'idea che, da un punto di vista generale, una ricerca di diritto costituzionale comparato debba strutturarsi sempre in base alle seguenti quattro fasi: ricompilazione dei dati concernenti le norme e le istituzioni dei paesi studiati; sistematizzazione di tutti i dati trovati nella prima fase, in modo da, tramite analogie e differenziazioni, trovare elementi per la ricostruzione dell'oggetto di indagine; fare questa ricostruzione in modo critico, una volta che la fase analitico-descrittiva già è stata conclusa; cercare di organizzare i risultati della ricerca affinché si possano presentare possibili generalizzazioni o contributi oggettivi al sistema di origine dello studioso.¹²

La funzionalità, come principio metodologico pensato in questo senso, potrebbe condurre alla conclusione che norme, istituti e istituzioni presi isolatamente possano venire paragonati senza alcuna considerazione verso le tradizioni degli Stati d'origine. Una ricerca comparativa deve delimitare le origini, le tradizioni e le famiglie di appartenenza dei paesi studiati. Tenendo in considerazione che il diritto comparato ha avuto come compito per un lungo periodo la ricerca di criteri di classificazione dei sistemi giuridici, quello che si vede oggi è che uno dei criteri più antichi ed importanti è stato la divisione in tradizioni giuridiche.¹³ Successivamente, criteri quali le famiglie giuridiche e i

¹⁰ BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1998, 79-81.

¹¹ BISCARETTI DI RUFFIA, *Op. cit.*, 37.

¹² BISCARETTI DI RUFFIA, *Op. cit.*, 84-89.

¹³ «Tradition thus involves the extension of the past to the present. It appears to require thinking about time at least in terms of the past and the present, though there are other ways of thinking about time. There is another dimension of tradition, however, which appears less bound to a particular manner of

sistemi giuridici avrebbero reso le indagini più specifiche su un determinato oggetto di comparazione.

Una discussione importantissima merita di venire ricordata in questo momento soprattutto per via dell'ipotesi che si cercherà di sviluppare alla fine di questo articolo: il comparativismo, il diritto comparato in sé, le pretese di unificazione e/o armonizzazione, non sono altro che un processo di occidentalizzazione del mondo? Strumenti dell'imperialismo delle grandi potenze occidentali?

Cercando di presentare un approccio teorico-metodologico in grado di allontanare il comparativismo da critiche di questo genere, Alan Watson ha introdotto il concetto di "trapianto giuridico" nel diritto comparato per definire il processo di muovere «a rule or a system of law from one country to another, or from a people to another.»¹⁴ Il paragone metaforico riguarda i trapianti da un corpo umano ad un altro, con il vantaggio però che il donatore non perde il proprio organo. Una delle critiche più forti ai processi di globalizzazione e alla circolazione di modelli giuridici è stata fatta da Serge Latouche: chiamando questo processo complessivo di "occidentalizzazione del mondo", la critica è molto chiara nel cercare di dimostrare che ci sarebbe sempre un modello forte che prevarrebbe su un altro più debole.¹⁵ Ovviamente, una conclusione definitiva e universale in merito a questo problema rischierebbe di assumere un atteggiamento troppo ideologico, cosicché spetta al comparatista, in ogni situazione concreta, cercare di delimitare anche le cause delle influenze esterne su un determinato ordinamento politico-costituzionale.

Pertanto il concetto di terrorista come possibile trapianto giuridico – ipotesi teorica che sarà sviluppata in seguito in questa ricerca – dovrebbe essere inteso, prima di tutto, all'interno di un dibattito sempre ideologico su quel processo che è stato chiamato occidentalizzazione del mondo, in modo che al comparatista sia possibile allontanarsi dalle ragioni interne a tale dibattito e concentrarsi sulle convergenze e divergenze esistenti nelle specifiche esperienze degli Stati qui studiati: Italia, Francia, Brasile.

thinking about time. It is found in the necessity of tradition having been continuously transmitted, in a particular social context, in order for it to be of current relevance. Traditio must have occurred, and between the relevant parties. The transmission of roman law through the process of reception in Europe may be of (some) interest to people who define themselves as Chinese or Mohawk or muslim, and may even influence them in some way, but none would say it constituted part of their tradition, or contemporary culture. It is someone else's tradition, because of the total absence of transmission within their particular social context.» GLENN, *Legal Traditions of the World*, 3 ed., Oxford, 2007.

¹⁴ WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974, 21.

¹⁵ LATOUCHE, *L'occidentalisation du monde*, Paris, 1989.

3. Dal criminale al nemico

Senza voler pretendere di raccontare la lunga evoluzione del concetto di criminale nella storia del pensiero giuridico, ci concentreremo sulle idee sviluppate da Foucault per due ragioni particolari: (1) si tratta di un autore che si inserisce nella postmodernità e soprattutto nel post-strutturalismo, rendendo possibile una chiara comprensione delle linee di continuità che legano i fenomeni sociali al controllo sociale dei devianti; (2) una volta che il post-strutturalismo non rappresenta una contrapposizione allo strutturalismo, quanto invece un tentativo di spingere alle estreme conseguenze le debolezze dei miti del razionalismo e della piena autonomia soggettiva dell'uomo, è stato Foucault che forse ha dimostrato con la più accurata precisione la centralità del controllo del linguaggio come processo di dominazione e controllo sociale.

In questo senso, partendo da presupposti sociologici che ammettono la globalizzazione come un fenomeno pervasivo all'interno degli Stati e che punta verso la transnazionalizzazione del diritto, la ricerca sarà basata, dal punto di vista epistemologico, sulle differenze tra normale e deviante, e tra normale e criminale in Foucault, per poi procedere alla critica del concetto di nemico proposto da Jakobs.

3.1. Il criminale nel diritto penale alla luce del pensiero di Foucault

Nelle prime pagine del suo libro *Sorvegliare e punire* (1975), Foucault racconta la storia della pubblica esecuzione di Robert-François Damiens, condannato per il tentato assassinio di Re Luigi XV. Nonostante sia stato solo un tentativo – il Re ha subito solo qualche escoriazione – e sebbene lo strumento fosse un piccolo coltello da tasca, la condanna riservata a Damiens, a seguito di un processo con dieci udienze in meno di due mesi, fu la più severa possibile: una ammenda onorevole (*amende honorable*) in *Place de Grève* (oggi *Place de l'Hôtel-de-Ville*) e in seguito la morte per squartamento. Il 28 marzo 1757 ebbe luogo l'esecuzione di un uomo con riconosciuti problemi mentali, difficoltà intellettuali tali da impedirgli di spiegare le ragioni del suo atto e che tuttavia aveva manifestato un pentimento degno poi di rimanere citato nella sentenza. Damiens è stato l'ultima persona in Francia sottomessa allo squartamento. Il problema evidente in questo caso si trova nelle condizioni soggettive dell'imputato: uomo semplice, contadino povero, incapace di offrire delle ragioni per l'attentato contro il Re. La disproporzione tra fatto delittuoso e condanna ha promosso nell'Ottocento una profonda discussione sulla natura del crimine in sé, sulla misura delle pene e soprattutto sul supplizio come strumento di esecuzione delle pene. Foucault diceva che non era proprio al

condannato che si destinava il supplizio, in quanto questo fungeva da risposta alle esigenze punitive della società: «Le corps supplicié s'inscrit d'abord dans le cérémonial judiciaire qui doit produire, en plein jour, la vérité du crime.»¹⁶ L'infrazione sarebbe stata commessa contro la società; la verità del fatto era dunque il punto centrale intorno al quale girava il sistema punitivo. Per una organizzazione politica concepita sulla figura dei “due corpi del Re”, nella metafora di Kantorowicz¹⁷, ogni atto contro il Re avrebbe rappresentato un atto contro la società.

La condotta deviante, criminale si presenta come una sorta di infrazione che mette in conflitto l'individuo contro l'intera società. Una lotta disuguale: tutte le forze, tutti i diritti, l'intero potere dello Stato contro la persona che ha commesso un atto contrario alla collettività.¹⁸ Nel corso del Medioevo e nei primi due secoli della Modernità la fusione tra corpo sociale e corpo politico, così come concepita nelle monarchie, autorizzava che il controllo sociale venisse svolto, da un lato, dalla paura della vendetta privata da parte della vittima, della sua famiglia o di amici, mentre dall'altro che fosse dovuto alla paura più profonda e lacerante del supplizio che seguiva una condanna per crimini contro il Re o contro la società in sé.

Dunque la prima fase evolutiva che Foucault percepisce riguardo il concetto di criminale è questa transizione verso l'umanizzazione delle pene, in particolare durante l'Ottocento. “Umanità” e “misura” sono divenute elementi essenziali per conferire *douceur* (dolcezza) alle pene.¹⁹ Una volta che non si tratta di un qualsiasi atto illegale, il crimine dovrebbe essere inteso in base alla misura dei fatti e della condotta delittuosa, e presupporre l'idea di umanità che unisce l'intero genere umano.

L'ultima parte del *Sorvegliare e punire* è dedicata alla sua celeberrima ricerca sulla prigione. In questo momento è importante riferire anche alcune riflessioni dall'anno 1968 in poi, pubblicate in Italia col titolo *Microfisica del potere*. L'intervista intitolata *Potere-corpo* è una buona opportunità per capire il modo in cui Foucault sostiene l'esistenza di un legame tra famiglia, società e Stato in virtù dello scopo generale di controllo e normalizzazione dell'individuo. La famiglia svolgerebbe il primo livello di controllo sociale introducendo la lingua madre, i valori elementari, i modelli di comportamento ecc. La società eserciterebbe ancora più ampiamente questo controllo sociale

¹⁶ FOUCAULT, *Surveiller et punire*, Paris, 1975, 44.

¹⁷ Si veda KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies: a Study in Mediaeval Political Theory*. Princeton, 1957.

¹⁸ FOUCAULT, *Surveiller et punire*, cit., 107.

¹⁹ FOUCAULT, *Surveiller et punire*, cit., 89.

sui corpi, consentendo ai “normali” spazi più ampi, ma restringendo e limitando i riconoscimenti sociali degli “anormali”. Lo Stato moderno, infine, rappresenterebbe la razionalizzazione massima del controllo sociale, in quanto responsabile delle istituzioni di controllo: scuola, università, ospedale, manicomio e carcere. Per ricostruire l’archeologia delle scienze umane sarebbe necessario studiare i meccanismi e le strategie che hanno investito il corpo, i gesti, i comportamenti: «Essa ritrova, d’altronde, una delle condizioni della sua emergenza: il grande sforzo di disciplinarizzazione e di normalizzazione perseguito dal XIX secolo. Freud lo sapeva bene. In fatto di normalizzazione, era cosciente d’essere più forte degli altri. Che cos’è allora questo pudore sacralizzante nel dire che la psicanalisi non ha nulla a che vedere con la normalizzazione?»²⁰

Si tratta, insomma, di quello che Foucault chiama la «nascita della biopolitica»: tra la fine del XIX secolo e l’inizio del XX, ai controlli amministrativi e politici sulla vita degli individui si aggiunge una serie di biopoteri che amministrano la vita umana in modo globale.²¹ Non si tratta di un concetto semplice, nemmeno facile da trovare nelle ricerche di Foucault, però è presente già nei suoi primi studi sulla sessualità e sui manicomi, risalenti agli anni Sessanta. Il criminale diventa quindi un anormale di alto livello, un deviante contro il quale i meccanismi istituzionali dello Stato devono agire per assicurare l’effettiva punizione e la reintegrazione sociale. Malgrado possa sembrare *prima facie* che ci sia un paradosso tra “detenere” e “reintegrare”, il sistema punitivo foucaultiano deve consentire ai detenuti di rimanere vincolati ai legami intersoggettivi che costituiscono la società; si parla della fabbricazione dell’«individuo disciplinare».²² Caso contrario, il carcere diventa autosufficiente, essendo il criminale protagonista di un sistema punitivo destinato soltanto ad emarginare e ad escludere i devianti dalla società.

3.2. Il terrorista come nemico assoluto: uno sguardo schmittiano su Jakobs

²⁰ FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino, 1978, 143.

²¹ «Entre la fin du XVII e le début du XIX siècle, le contrôle administratif et politique de la vie individuelle se complète d’une série de bio-pouvoirs qui administrent la vie de manière globale : non plus seulement celle du individu mais également celle de l’ensemble des êtres vivants constitués en populations. Ce qui, dans l’espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux entre à l’intérieur d’une stratégie générale de pouvoir.» FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, 1976, 60.

²² Sul tema della disciplina in una prospettiva più ampia, si veda SANTORO, *Esteriotipos, preconceitos e políticas migratórias*, in *RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 6, 1, 2014, 15-30; e anche SANTORO, *Il carcere come strumento della democrazia escludente*, in *Utopia e carcere*, a cura di Simonetta, Napoli, 2015, 47-68.

Innegabilmente il terrorismo è stato sempre presente nella storia delle civiltà come pratica eccezionale che governi e gruppi rivoluzionari utilizzavano in momenti estremi.²³ La differenziazione tra criminale e terrorista è divenuta più frequente dopo la fine della bipolarizzazione politica del mondo che ha caratterizzato la Guerra Fredda, una volta che la dissoluzione dell'Unione Sovietica ha anche rappresentato il venir meno di quei Paesi che si opponevano agli Stati Uniti attraverso attacchi militari o tramite una opposizione formale. Il terrorismo è stato allora adottato come pratica militare ordinaria da quei gruppi paramilitari che volevano insorgere contro l'egemonia statunitense. Minaccia invisibile, gruppi paramilitari tipicamente transnazionali, senza base geografica fissa o partecipazione politica riconosciuta dalla società internazionale, sono alcune delle più significative caratteristiche di questo fenomeno della fine del XX secolo e inizio del XXI. Dopo gli attacchi dell'11 settembre resta chiaro che nella guerra contro il terrorismo la non territorialità del nemico è forse l'aspetto più difficile da affrontare.²⁴ *Al Qaida*, per esempio, non è un'organizzazione localizzabile e rigidamente gerarchizzata, ma un insieme di reti aggrovigliate, disperse e non territoriali, i cui membri vivono in una moltitudine di paesi, rafforzando le reti trasversali e accentuando la loro non territorialità.²⁵ Dunque tre concetti si intrecciano qui: criminale, nemico, terrorista.

Il concetto di nemico è uno dei più elementari concetti del diritto di guerra e della nozione stessa di guerra. Carl von Clausewitz, nel suo classico *Sulla guerra*, diceva che la guerra è «nothing but a duel on an extensive scale»²⁶, avendo come scopo finale «to compel our opponent to fulfill our will.»²⁷ Il nemico sarà poi qualcuno su cui imporre la propria volontà e a cui fare obbedire gli ordini.

Consapevole della singolare importanza e della lunga tradizione del diritto di guerra, Carl Schmitt ha detto che il nemico è quello che materializza e personalizza tutto contro cui stiamo combattendo.²⁸ La relazione dialettica di affer-

²³ Per un concetto generale, si veda Noam Chomsky, che definisce "terrorismo" come «the threat or use of violence to intimidate or coerce (generally to political ends)». CHOMSKY, N. *Terrorism*, in *Almanac of Modern Terrorism*, a cura di Shafritz et al., New York, 1991, 264.

²⁴ BENOIST, *Terrorismo e "guerre giuste"*, Napoli, 2007, 66.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ CLAUSEWITZ, *On War* (orig. 1832), Harmondsworth, 1968, 118-119.

²⁷ *Ibid.*, 119.

²⁸ «Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche apparire vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (*der Fremde*) e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possano venir decisi né attraverso

mazione e negazione stabilita con il nemico ci consente di definire nei dettagli quali sono i nostri reali propositi nel conflitto. Schmitt diceva che il nemico «non è qualcosa che si debba eliminare per un qualsiasi motivo, o che si debba annientare per il suo scarso valore. Il nemico si trova sul mio stesso piano. Per questa ragione mi devo scontrare con lui: per acquisire la mia misura, il mio limite.»²⁹

La volatilità che caratterizza la globalizzazione rende la condizione stessa di nemico altrettanto volatile, permettendo che questo interagisca nel conflitto soltanto quando lo ritenga conveniente. Perciò le precise definizioni dell'«io» e dell'«altro», dell'«amico» e del «nemico» sono diventate qualcosa di assolutamente irrilevante. La difficoltà di definire chi è il nemico produce anche una condizione di assoluta insicurezza nelle popolazioni di quei paesi direttamente o indirettamente coinvolti nel conflitto. Come conseguenza di questa difficoltà/impossibilità di caratterizzare «civile», «militare» e «terrorista», si può concludere che il momento attuale si avvicina molto alla situazione dell'Europa del XVI secolo, all'epoca delle guerre marittime³⁰, in cui la definizione di nemico si allargava a tutti quegli agenti che erano membri o sostenevano, collaboravano, negoziavano con uno Stato o un gruppo nemico. Nella presente società globale, senza frontiere e segnata dalla volatilità, l'accusa di «collaborare con il terrorismo» è stata utilizzata dalle principali potenze del mondo, specialmente dagli Stati Uniti, per detenere e investigare qualcuno, inclusi i cittadini del proprio paese, senza la necessità di presentare una denuncia formale né di stabilire i limiti temporali alla detenzione. I nuovi e sconosciuti orizzonti introdotti dai diversi processi di globalizzazione, anziché produrre apprensione per tempi migliori, ci fanno invece guardare l'uomo globale mentre rive le stesse paure che l'immensità del mare azzurro causava nell'uomo moderno del XVI secolo.

Il terrorista di oggi è inteso come il «nemico assoluto» del quale parlava Schmitt: un oggetto da annientare. Tuttavia, il politologo sosteneva che l'inimicizia assoluta era qualcosa da evitare, a causa dell'impossibilità di ricerca della pace che tale assolutizzazione produce.³¹ La Politica presuppone

un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo 'disimpegnato' e perciò 'imparziale.'» SCHMITT, *Le categorie del politico* (orig. 1927), Bologna, 1972, 109.

²⁹ SCHMITT, *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del politico* (orig. 1963), Milano, 2005, 119.

³⁰ «Alla base della guerra di mare sta invece l'idea che debbono essere colpiti il commercio e l'economia del nemico. Nemico è, in una guerra di questo tipo, non solo l'avversario combattente ma ogni cittadino dello Stato nemico e perfino quello neutrale che commercia col nemico e ha con lui relazioni economiche.» SCHMITT, *Terra e mare* (1981), Milano, 1986, 72.

³¹ «L'inimicizia diventa così terribile che forse non è più nemmeno lecito parlare di nemico e inimicizia; entrambi questi concetti sono addirittura condannati e banditi formalmente prima che possa cominciare

l'esistenza del nemico: «L'essenza del Politico non è l'inimicizia pura e semplice, bensì la distinzione fra amico e nemico, e presuppone l'amico e il nemico.»³² Nella contemporanea società globalizzata, lo stesso ragionamento sottile che definisce il "nemico" diventa il parametro per definire l'"io", riducendo l'individuo a una esistenza vuota alla ricerca di una qualche essenza in grado di rispondere ai suoi dubbi e porre fine alle sue angustie. La perdita dei vincoli intersoggettivi elementari lascia via libera all'inimicizia assoluta e all'emergenza del terrorista come attore apolitico globale.

L'astrazione concettuale che caratterizza il concetto di terrorista internazionale richiama altre due categorie di criminali che si trovano allo stesso alto livello del terrorista: il comunista e il narcotrafficante. Dall'inizio del XX secolo in poi, questi tre gruppi vengono etichettati come nemici della civiltà occidentale, in particolare per via dell'influenza delle potenze mondiali come gli Stati Uniti d'America. Pure le c.d. "guerre umanitarie" sono state innescate e giustificate sulla base della difesa del bene contro il male, della lotta contro il nemico.³³ La paura è stata il più importante elemento soggettivo a far muovere le popolazioni delle potenze occidentali contro determinati gruppi-bersagli, mettendo sempre in evidenza la necessità di separare le potenziali vittime dai nemici. Criticando l'invasione della Jugoslavia da parte della NATO, Luigi Ferrajoli ha messo in dubbio la razionalità delle guerre umanitarie: «se questo atto, oltre agli enormi costi di sofferenze da esso direttamente prodotti, non solo è inidoneo ma addirittura contrario ai pur nobili fini dichiarati, allora esso è irrazionale e irresponsabile.»³⁴

In questo contesto internazionale, Günther Jakobs ha introdotto, nel 1985, una proposta teorica chiamata «diritto penale del nemico» (*Feindstrafrecht*). Basato sul funzionalismo sistemico di matrice luhmanniana, il sistema punitivo sarebbe ripartito secondo un codice binario amico/nemico, in modo che soltanto ai cittadini spetterebbero il diritto penale "ordinario" (*Bürgerstrafrecht*) e le sue garanzie fondamentali; pertanto i cittadini sono intesi come quelle persone che ancora rimangono vincolate ai legami intersoggettivi del con-

l'opera di annientamento. L'annientamento diventa quindi del tutto astratto e assoluto. Non si rivolge più contro un nemico, ma è ormai al servizio solo di una presunta affermazione oggettiva dei valori più alti - per i quali, notoriamente, nessun prezzo è troppo alto. Solo la sconfessione della vera inimicizia assoluta spiana la strada all'opera di annientamento di una inimicizia assoluta.» SCHMITT, *Theorie des Partisanen*, trad. it. cit., 131.

³² SCHMITT, *Theorie des Partisanen*, trad. it. cit., 127.

³³ Per giustificare il concetto di "guerra umanitaria", l'idea di "guerra giusta" è stata oggetto di una rivalutazione positiva ai nostri giorni da parte del filosofo statunitense WALZER, *Just and Unjust Wars*, New York, 1977, e WALZER, *Arguing about war*, New Haven, 2005.

³⁴ FERRAJOLI, *Guerra 'etica' e diritto*, in *Ragion Pratica*, 7, 13, 1999, 120.

tratto sociale; per un cittadino criminale la pena svolge una funzione riparatrice e correttiva. D'altra parte, il criminale i cui atti, commessi oppure in preparazione, agiscano contro la società intera, contro il genere umano, contro i valori elementari della civiltà occidentale, mette in contraddizione il diritto e la sua funzione di garanzia e mantenimento della pace.³⁵

Per costruire la sua proposta di diritto penale del nemico, Jakobs si muove da due presupposti: (1) la pena come coazione giuridica e (2) la funzione preventiva del diritto penale. La coazione serve ad affermare la norma giuridica e a dare una risposta repressiva al criminale.³⁶ Già la funzione preventiva si basa sulla nozione di rischio e sulle aspettative di sicurezza della società; invece che una persona di per sé competente e che si contraddice quando commette un atto criminale, il nemico appare come un «individuo pericoloso, contra cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: una lucha contra un peligro en lugar de comunicación (...)».³⁷

Sulla distinzione tra nemico e cittadino, Eugenio Raúl Zaffaroni ricorda che non si tratta di un atteggiamento teorico inedito perché durante la storia dell'Impero Romano i concetti di *inimicus* e *hostis* erano già molto simili a questi.³⁸ Mentre con il primo termine ci si riferiva a qualcuno con cui si aveva nulla più che un disaccordo oppure per il quale si provava una mera disaffezione personale, il vero nemico era rappresentato dall'*hostis*: una minaccia all'ordine politico, qualcuno che poteva causare una guerra, uno straniero. Di conseguenza, è diventato possibile impiegare il diritto penale del nemico a fini xenofobi.

Pertanto i nemici sarebbero perseguibili in modo diverso, non come cittadini, bensì come persone che in definitiva e deliberatamente si sono allontanate dal sistema legale, non dando alcuna garanzia di fedeltà allo Stato di diritto. Secondo Jakobs, è il nemico che si mette in questa posizione perché non accetta di agire come stabilito dallo Stato, restando in una situazione incompatibile con la legge. Dal punto di vista del diritto penale del nemico, la persona così considerata sarà soggetta a sanzioni penali più severe, alla restrizione o addirittura alla rimozione dei diritti e delle garanzie fondamentali durante il processo criminale; infine, si tratta della reificazione della persona del nemi-

³⁵ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in: JAKOBS; CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 21-22.

³⁶ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., 21.

³⁷ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., 24.

³⁸ ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006, 104.

co. Tuttavia, quando l'eccezione è ricevuta come regola all'interno dell'ordinamento giuridico, il nemico può essere chiunque.

Allora Jakobs definisce il *terrorista* come «quién rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden».³⁹

Dopo gli attacchi terroristici dell'11 settembre e tramite il *Patriot Act*, gli Stati Uniti hanno iniziato a imporre un vero e proprio regime di ampia restrizione dei diritti fondamentali della propria popolazione e di ogni individuo straniero, diventato pertanto passibile di essere sottoposto all'espressione "collaborare con il terrorismo". L'adesione delle potenze europee e di altri alleati degli Stati Uniti a simili politiche restrittive nei confronti dei diritti umani degli accusati di terrorismo ha reso possibile parlare della nascita di un *diritto penale transnazionale del nemico*.

Zaffaroni ha sottolineato che l'adozione della teoria del diritto penale del nemico, come pensato da Jakobs, porterebbe all'inevitabile rottura dello Stato di diritto, a causa della sua incompatibilità con il processo di reificazione delle persone e con la tolleranza verso pratiche inquisitorie come la tortura.⁴⁰ In tono ancora più enfatico, Francisco Muñoz Conde ha messo in dubbio la compatibilità dello Stato di diritto, includendo la tradizione del *rule of law*, con un modello autoritario di sistema punitivo come quello del diritto penale del nemico, una volta che le restrizioni ai diritti umani sono caratteristiche fondamentali dei regimi autoritari e delle dittature.⁴¹

Nonostante Jakobs alcune volte abbia citato Schmitt nei suoi lavori, sembra tuttavia che l'avvertenza di quest'ultimo sui pericoli della cosiddetta "inimicitia assoluta" alla sopravvivenza della Politica sia rimasta lontana dalle sue preoccupazioni.

4. Le recenti esperienze legislative in Italia, Francia e Brasile sono casi di trapianto giuridico del concetto di terrorista?

Prima di tutto si rende necessaria una avvertenza metodologica: la presente analisi comparativa delle esperienze legislative italiana, francese e brasiliana

³⁹ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., 41.

⁴⁰ ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, cit., 141-144. Nello stesso senso, si veda anche la critica di PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, *Garantías procesales del Estado de derecho: la abolición de la tortura*, in *RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 7, 3, 2015, 217-225.

⁴¹ Sul tema in questo autore, si veda, CONDE, *Derecho penal del enemigo: conferencias magistrales*. México, 2003; CONDE, *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo*, in *Ciencia Jurídica*, 1, 1, 2011, 113-142; CONDE, *De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"*, in *Revista Penal*, 16, 2005, 123-137.

cerca di verificare soltanto l'ipotesi teorica di un elevato livello di precisione terminologica e la presenza di convergenze nei concetti di terrorista previsti in ognuna delle recenti leggi antiterrorismo dei tre paesi citati. Non si cerca di fare un'analisi esauriente delle leggi penali, bensì di determinare l'esistenza o meno di un concetto espresso di terrorista e gli eventuali punti di convergenza fra le tre esperienze legislative.

4.1. Italia

Il Codice Penale nel Libro II, Titolo I («Dei delitti contro la personalità dello Stato»), è andato incontro a riforme strutturali nell'art. 270, soprattutto dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001 e l'ascesa del terrorismo internazionale, poiché originariamente era ristretto a sanzionare «condotte sovversive». Il d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, ha introdotto l'art. 270-*bis* per i reati commessi a fini di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, tuttavia dal 2001 al 2015 il c.p. è stato riformato diverse volte fino a prevedere dieci fattispecie di delitti in materia di terrorismo, espressi dall'art. 270-*bis* all'art. 270-*septies*. Malgrado non ci sia una legge autonoma sull'antiterrorismo, si deve fare attenzione al d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, che ha avuto lo scopo di riordinare l'art. 270 e inserire «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione.»

La parola «terrorista» non è citata dalla legge penale italiana, ma le condotte con finalità di terrorismo sono ampiamente previste. Aggiunto al d.l. del 27 luglio 2005, n. 144, l'art. 270-*sexies* c.p. definisce chiaramente l'espressione *condotte con finalità di terrorismo*, ossia si tratta di quelle condotte «che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.»

Certamente ha avuto luogo un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura di questi reati e sulla possibilità che, nella misura in cui molte disposizioni legali prevedano reati di pericolo, alcune delle nuove fattispecie

fossero solo norme penali in bianco. Tuttavia, tanto la Corte di Cassazione⁴² quanto la dottrina penalistica italiana⁴³ hanno cercato di sottolineare la centralità dell'accertamento del fatto-reato sulla base di concrete prove legali.

4.2. Francia

Prima di tutto, la definizione giuridica del concetto di “terrorista” non è stata data dal Codice Penale, né dalle leggi contro il terrorismo. Come in Italia, sono le condotte con finalità di terrorismo che si trovano previste soprattutto dal Titolo II, Libro IV, del c.p. intitolato «Du terrorisme». L'art. 421-1 definisce il quadro generale degli «actes de terrorisme», cioè degli atti che intenzionalmente, in modo individuale o collettivo, hanno per scopo finale quello di arrecare grave danno all'ordine pubblico tramite l'intimidazione o il terrore; in seguito il legislatore ha inserito diverse fattispecie prevedendo concrete possibilità per gli atti di terrorismo. L'art. 421-1 è stato introdotto dalla Legge n. 96-647, del 22 luglio 1996, però in Francia l'evoluzione della lotta contro il terrorismo è stata meno influenzata dalle vicende del XXI secolo rispetto a quelle del tormentato XIX. La prima versione di una legge antiterrorismo fu approvata il 12 dicembre 1893 per criminalizzare le condotte anarchiste in grado di mettere in pericolo «l'ordine pubblico e le libertà pubbliche». Chiamate *Lois Scélérates*, erano costituite da un insieme di leggi penali destinate a rispondere agli attentati degli anarchisti, che avevano luogo in tutto il territorio francese nel periodo della Terza Repubblica.⁴⁴ Si può dire allora che il terrorismo internazionale del XXI secolo arriva in Francia già all'interno di un sistema punitivo centrato sul finalismo delle pene e alla presenza di un quadro generale sugli atti di terrorismo che consente il progressivo inserimento di nuove fattispecie.

⁴² Soltanto a titolo illustrativo, una volta che sono diverse le decisioni che hanno rifiutato il carattere di norma penale in bianco ai reati previsti dall'art. 270, si veda: Cass. Sez. II, 25 maggio 2006, Serai, *Foro it.*, 2006, 541; Cass. Sez. I, 15 giugno 2006, Fazzioli, *Foro it.*, 2006, 648; e più recentemente, Cass. Sez. V, 9 febbraio 2017, Micheli, 6061, sulla possibilità di auto-addestramento.

⁴³ Nonostante la grande produzione dottrinale sul tema, si veda MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013; BAUCCIO, *L'accertamento del fatto-reato di terrorismo internazionale*, Milano, 2005; COLAIOCCO, *L'arruolamento per finalità di terrorismo: la prima pronuncia della Suprema Corte*, in *Archivio penale*, 2016, 1, 1-8; STAFFLER, *Politica criminale e contrasto al terrorismo alla luce del d.l. antiterrorismo del 2015*, in *Archivio penale*, 2016, 6, 1-62; BRIZZI, *Prospettive di riforme per: le misure di prevenzione*, in *Archivio penale*, 2016, 2, 1-14; SABIA, *Delitti di terrorismo e responsabilità da reato degli enti tra legalità e esigenze di effettività*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2017.

⁴⁴ Sulle Leggi *Scélérates*, si veda il lavoro classico di PRESSENSE, *Les Lois de Scélérates de 1893-1894*, London, 2017.

Importante riferire ancora che è stato approvato un recente progetto di legge antiterrorismo: la Legge n. 17-1510, del 30 ottobre 2017. Si tratta di nuove misure preventive di sicurezza pubblica più che di una legge in materia penale. Per esempio, lo «stato di urgenza» (*état d-urgence*) è ridimensionato a causa dell'introduzione di nuovi dispositivi nel Codice di Sicurezza Interna.

4.3. Brasile

Per quanto riguarda il diritto penale, il Brasile ha indiscutibilmente cambiato la sua storia a partire dalla promulgazione della Costituzione Federale del 1988. Conosciuta come “Costituzione Cittadina”, è riconosciuta dalla dottrina internazionale come una delle più protettive al mondo dei diritti fondamentali, poiché il testo costituzionale espressamente ne protegge più di un centinaio. Subito dopo il primo Titolo, che definisce i principi fondamentali della Repubblica, si trova un Titolo dedicato esclusivamente alla tutela dei diritti fondamentali, benché la denominazione esatta sia «Dei diritti e garanzie individuali». Malgrado la denominazione “individuali”, il legislatore costituente ha scelto di presentare un vastissimo elenco – non tassativo e nemmeno esauriente – di diritti individuali, ma anche sociali, politici, collettivi e trans-individuali.

L'importanza di questa Costituzione per il diritto penale brasiliano si deve al fatto che fino al 1988 non esisteva nella grammatica dei testi di legge l'espressione “diritti fondamentali”; la forte presenza dell'autoritarismo nella storia brasiliana era ancora sentita, una volta che la dittatura militare – durata dal 1964 al 1985 – aveva sottoposto i diritti individuali e collettivi al potere politico autoritario dello Stato. Dopo l'apertura democratica, l'idea onnipresente è stata la necessità di elaborare una nuova Costituzione in grado di offrire una più complessiva tutela dei diritti fondamentali.

Ritornando al soggetto della presente ricerca, l'art. 4 della Costituzione del 1988 ha introdotto il «ripudio del terrorismo e del razzismo» come uno dei principi dello Stato brasiliano nelle relazioni internazionali. Ovviamente, si tratta di una norma programmatica priva di effetti diretti e immediati.

L'innovazione più importante e polemica in materia di lotta contro il terrorismo è stata la promulgazione della Legge n. 13.260, del 2016, la c.d. *Lei Anti-terrorismo*. L'obiettivo di inserire il paese nella prospettiva internazionale di criminalizzazione del terrorismo è molto chiaro dal primo all'ultimo articolo della Legge. Come nelle normative italiana e francese, il legislatore brasiliano non ha dato la definizione di “terrorista”, ma all'art. 2 definisce il terrorismo come il risultato di atti commessi da uno o più individui per ragioni di «xenofobia, discriminazione o preconcetti di razza, colore, etnia e religione, allo

scopo di provocare terrore sociale o generalizzato, mettendo in pericolo la persona, la proprietà, la pace pubblica o la sicurezza pubblica.» Tuttavia, la quantità delle fattispecie è minore rispetto a quanto previsto nelle legislazioni di Italia e Francia, tanto che alcuni «atti di terrorismo» (comma 1 art. 2) sono vere e proprie norme penali in bianco, come accade al reato previsto dalla sottosezione V del comma 1 dell'art. 2: «attentare contro la vita o l'integrità fisica di una persona». Non sarebbe un *bis in idem* del crimine di tentativo di omicidio?

Nonostante le innumerevoli critiche dottrinali in Brasile, la Legge Antiterrorismo ha avuto successo nell'allineare il paese alle legislazioni internazionali e delle grandi potenze dell'Occidente nella lotta contro il terrorismo.

4.4. Il diritto penale del nemico tra costituzionalismo transnazionale e stato di eccezione internazionale

Da questo breve esame delle tre esperienze legislative in materia di criminalizzazione del terrorismo sembra chiaro che esistano alcuni punti di convergenza: (1) assenza di una definizione di terrorista, dovuta ai pericoli di stigmatizzazione di determinati gruppi sociali e di chiusura in sé di un possibile concetto restrittivo; (2) criminalizzazione di condotte sempre più specifiche, tranne il caso del Brasile, dove esistono condotte generiche previste come reati; (3) misure preventive verso reati autonomi tramite il mero tentativo; (4) apertura cognitiva del sistema verso nuove possibilità di fattispecie concernenti il terrorismo.

Insomma, è possibile sostenere che sono quattro gli indicatori che confermano l'ipotesi di trapianto giuridico della nozione di *condotte con finalità di terrorismo*.

Una domanda ancora potrebbe essere posta: ci sono limiti alla profusione di reati per atti di terrorismo? La risposta non è semplice, in assoluto.

Si veda che tutti e tre gli Stati analizzati qui sono democrazie occidentali, le cui Costituzioni rappresentano per essi il documento politico-giuridico supremo. Nonostante ciò, restrizioni di diritti e norme penali in bianco sono pratiche che esistono, pur all'interno di Stati costituzionali. In questo senso, nuove fattispecie con eventuali restrizioni di diritti fondamentali troverebbero un limite definitivo soltanto nella Costituzione. Qualora la risposta alla suddetta domanda sia "il limite sarebbe la supremazia della Costituzione!", una domanda ancora più difficile potrebbe essere posta: tenendo in considerazione che l'ordine internazionale non possiede una costituzione scritta, come i tre paesi analizzati, quali sarebbero i limiti allo sviluppo di un diritto penale transnazionale del nemico?

Per cercare di rispondere a questa domanda e infine concludere questa ricerca, è necessario ricordare la nozione di costituzionalismo transnazionale. Nonostante le diverse definizioni che si possono trovare nelle ultime decadi (costituzionalismo globale⁴⁵, intercostituzionalità⁴⁶, transcostituzionalismo⁴⁷, soltanto per citarne alcune), il costituzionalismo transnazionale può essere concepito come un processo globale di affermazione dell'ubiquità dell'esistenza umana, intesa come un bene in sé, indipendentemente da concessioni di diritti oppure da attribuzioni di senso e significato da parte dello Stato nazionale, che richiede il riconoscimento di diritti svincolati da uno specifico Stato nazionale e che finiscono per ridefinire gli obiettivi ultimi degli Stati stessi, una volta che, da un lato, punta verso l'integrazione politica internazionale e la promozione di diverse sfere trasversali di normatività, mentre dall'altro, rafforza il ruolo dello Stato nazionale nella protezione interna dei diritti individuali e sociali, nell'affermazione dei diritti culturali e nella strumentalizzazione di politiche globali.⁴⁸

Diversamente, le istanze sovranazionali di protezione e tutela contro la criminalità hanno originato un processo inverso a quello previsto dal costituzionalismo: il diritto penale è stato considerato dalle autorità pubbliche come l'unico strumento efficace di controllo sociale, come una sorta di meccanismo di rafforzamento del sentimento di civiltà all'interno degli Stati e tra i popoli a livello internazionale. Sono stati criminalizzati diversi comportamenti e attività in innumerevoli settori della vita sociale; la soppressione dei limiti minimi e massimi delle pene privative della libertà ha lasciato via libera a un aumento indiscriminato della loro imposizione. Si osserva la relativizzazione dei principi di legalità e di tipicità, tramite l'utilizzo di regole che presentano concetti deliberatamente vaghi, indeterminati e ambigui; lo straordinario aumento della discrezionalità del potere delle forze di polizia fa sì che siano ammesse usurpazioni di prerogative tipiche del potere giudiziario; ed infine, la riduzione di determinate garanzie processuali, attraverso la sostituzione di procedi-

⁴⁵ Si veda soprattutto FALK, *Human rights and State Sovereignty*, New York 1981; FALK, *On Human Governance. Towards a New Global Politics*, Cambridge 1995; FALK, *Predatory Globalization*, Cambridge 1999; per una critica, si veda TEIXEIRA, *Teoria pluriversalista del diritto internazionale*, Roma, 2009, 181-195.

⁴⁶ Si veda, tra altri, RANGEL, *Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires*, in *Revista Themis*, 1, 2, 2000, 127-151; e CANOTILHO, *'Brançosos' e interconstitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

⁴⁷ Si veda, tra altri, NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

⁴⁸ TEIXEIRA, *Fondamenti di diritto costituzionale comparato*, Roma, 2016, 117-8. Si veda anche TEIXEIRA, *Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 3, 3, 141-166.

menti di carattere accusatorio con procedimenti di carattere inquisitorio, conduce alla progressiva attenuazione della forza del principio della presunzione di innocenza e alla conseguente inversione dell'onere della prova, cosicché diventa possibile considerare un imputato colpevole senza che abbia avuto la possibilità di dimostrare la sua innocenza.

La teoria del diritto penale del nemico, introdotta da Jakobs, se fosse portata a livello transnazionale, rischierebbe di dividere l'ordine internazionale in due: un primo ordine, assicurato dal fenomeno del costituzionalismo transnazionale, rappresenterebbe lo spazio dei diritti umani, mentre il secondo ordine sarebbe una sorta di "stato di eccezione transnazionale". Insomma, gli autori di certi reati meriterebbero un trattamento diverso da coloro che si sono mantenuti fedeli al contratto sociale globale e all'ordinamento giuridico. Sembra chiaro che questo processo non avvenga in maniera aperta, come propone Jakobs, tuttavia nelle legislazioni degli Stati e nei documenti internazionali di lotta contro il terrorismo ci sono dei segnali che indicano la contaminazione da parte del diritto penale del nemico.

Uno dei pericoli più gravi è la possibilità dell'uso politico del diritto penale come strumento di manipolazione comunicativa, una volta che il diritto penale permette ai governanti di convertire i problemi e i conflitti sociali in analisi specifiche a seconda dei loro interessi. L'uso politico si basa sulla funzione analitica e categoriale caratteristica del discorso penale, una volta che l'esercizio di questa funzione non richiede più la dimostrazione esemplare dell'attività della prassi legislativa e della giustizia penale. Ricordando le avvertenze di Schmitt, un diritto penale transnazionale del nemico potrebbe permettere che capi di Stato di grandi potenze stabiliscano un programma populista contro nemici assoluti scelti analiticamente, inducendo un effetto rassicurante sulle loro popolazioni: sarebbe la fine del Politico e la consacrazione dell'egocentrismo.

5. Osservazioni conclusive

In un periodo di transnazionalizzazione del fenomeno giuridico nei suoi specifici campi, è sempre importante discutere e problematizzare certi aspetti delle aree più delicate e sensibili, come accade con il diritto penale. In questa breve ricerca abbiamo cercato di dimostrare l'incompatibilità tra una proposta di diritto penale basata sulla negazione della natura umana di certi individui e l'intero processo di formazione di un costituzionalismo a livello transnazionale basato, prima di tutto, sulla difesa dei diritti umani. La capacità di comprendere la sua origine e i suoi percorsi evolutivi è forse il punto più distintivo dell'essere umano nei confronti degli altri animali.

