

ORIENTAMENTI

CRISTINA GAZZETTA

L'emergenza terroristica. Appunti di geometrie costituzionali

«Chi è pronto a dar via le proprie libertà fondamentali per comprarsi briciole di temporanea sicurezza non merita né la libertà né la sicurezza»

B. Franklin (11 novembre 1755).

SOMMARIO: 1. La lotta al terrorismo: alcune esperienze a confronto. – 1.1 Stati Uniti. – 1.2 Canada. – 1.3 Germania. – 1.4 Regno Unito. – 2. Il diritto alla difesa e le misure internazionali nella lotta al terrorismo. – 3. Lo stato di emergenza in Israele. – 4. Emergenza, detenzione amministrativa, decreti di restrizione e diritti fondamentali. – 5. La sentenza della Corte Suprema dell'8 maggio 2012.

1. La lotta al terrorismo: alcune esperienze a confronto.

In presenza di attacchi terroristici o di loro pericolo imminente è certo che gli Stati, direttamente interessati (o anche indirettamente coinvolti) si troveranno costretti ad adottare misure restrittive delle libertà fondamentali, al fine del mantenimento della sicurezza collettiva al loro interno; ma certamente dovrà chiedersi sino a che punto tali misure possano trovare giustificazione nel difficile bilanciamento tra democrazia (intesa nel senso di garanzia delle libertà fondamentali) e stato di emergenza (inteso qui nel senso di momento di pericolo eccezionale che dovrà essere affrontato in tempi rapidissimi, anche in deroga ai principi dello stato di diritto costituzionalmente garantiti). Prima di procedere all'analisi della particolare situazione in cui si trova lo Stato di Israele, appare pertanto opportuno un breve riferimento ad altre esperienze, non solo per le misure antiterrorismo adottate di caso in caso, quanto piuttosto per il controllo più o meno incisivo che i supremi tribunali hanno effettuato ai fini della loro giustificazione e della loro possibile attuazione nel rispetto e nella garanzia dei diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, ai casi in cui possa essere stato autorizzato l'uso della tortura negli interrogatori di coloro che abbiano compiuto atti terroristici o siano anche solo di essi sospettati, a prescindere dal loro legame con lo Stato interessato all'emergenza terroristica, dunque in presenza di individui che siano in possesso della cittadinanza o che siano invece cittadini di altri Stati). In particolare, se è vero che la maggior parte delle democrazie occidentali prevede il ricorso a poteri eccezionali in caso di guerra o di emergenza, nella lotta al terrorismo la tendenza comune sembra essere quella di un normalizzazione dell'emergenza¹, con la conse-

¹ Cfr. GROPPI, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, in www.europeanrights.eu.

guenza di introdurre all'interno di ciascun ordinamento (in particolare nel diritto penale) istituti e strumenti nuovi, rivolti non tanto verso i terroristi, quanto piuttosto verso i sospetti terroristi, coloro cioè che per diverse ragioni, come ad esempio l'appartenenza a particolari gruppi etnici o religiosi, possano rappresentare motivo di sconvolgimento della percezione della sicurezza collettiva sia all'interno di uno Stato che nel senso più ampio di minaccia alla sicurezza internazionale².

1.1. Stati Uniti.

Nella riflessione sul rapporto tra sicurezza e libertà occorre far riferimento, seppur brevemente, certamente all'esperienza statunitense dove, a seguito dei tragici accadimenti dell'11 settembre 2001, la lotta al terrorismo internazionale è sfociata in un rafforzamento, tra gli altri, dei poteri di guerra del Presidente federale; infatti, per combattere il terrorismo stragista, inteso come diretta conseguenza del fondamentalismo islamico, la presidenza Bush si è servita dell'idea di guerra infinita e preventiva per coinvolgere nella stessa la maggior parte dei Paesi occidentali, direttamente o meno colpiti dagli attacchi terroristici, sebbene senza ottenere formalmente il consenso della Comunità internazionale, in base ad una giustificazione nel senso di uno scontro tra civiltà.

² Appare in tal senso interessante richiamare il legame tra l'adozione di una legislazione antiterroristica e i cambiamenti rilevanti nel diritto penale, in particolare nell'esperienza statunitense nel senso di una svolta chiaramente autoritaria, di cui la dottrina tedesca ha dato una lettura come "diritto penale del nemico", cfr. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, 694-735; PEPINO, *La giustizia, i giudici e il "paradigma del nemico"*, in *Quest. giust.*, 2006, 844 ss.; FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, *ivi*, 797 ss.; FANCHIOTTI, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto. Strategie antiterrorismo e giurisdizione degli Stati Uniti*, *ivi*, 699 ss. Si noti inoltre che, se ai fini della lotta contro il terrorismo (internazionale) sul piano internazionale si fa ricorso alla teoria della guerra preventiva, al fine di legittimare aggressioni militari contro regimi ritenuti pericolosi, in chiaro contrasto con quanto invece affermato all'interno dello Statuto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sul ricorso alla guerra preventiva, nel diritto interno la soluzione è stata ritrovata nella possibilità di ricorrere alla applicazione di un diritto penale *extra ordinem* che permetta, seppur al di fuori della legalità costituzionale, la neutralizzazione di quegli individui ritenuti pericolosi per la sicurezza collettiva; cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2007, 109-129. In particolare, l'Autore distingue tra «la persona in diritto» e il «nemico»: chi commette reati è trattato come persona solo se è «in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all'ordinamento (essendo così) titolare di una legittima pretesa ad essere trattato come persona in diritto», mentre «chi non offre simile garanzia in modo credibile (...) viene trattato da non cittadino; gli vengono sottratti diritti», poiché «il deviante in via di principio (...) colui che nega in via di principio la legittimità dell'ordinamento giuridico e perciò si prefigge di distruggere tale ordine non può essere trattato come un cittadino, ma deve essere combattuto come un nemico» (...) «Il diritto penale del nemico non rappresenta affatto una regola di annientamento illimitato, ma costituisce nell'ambito dello stato di diritto governato in modo assennato una ultima *ratio*, (...) utilizzata come eccezione, come qualcosa che non può essere adottato in via duratura».

Prima di procedere con la (seppur breve) analisi delle misure adottate ai fini del mantenimento della sicurezza collettiva americana, deve notarsi che però una certa inversione di marcia si è avuta con le elezioni presidenziali che hanno portato alla prima vittoria di Barak Obama, il quale, poco dopo essere stato eletto, ha firmato due ordini esecutivi³, uno per chiudere il carcere di Guantanamo Bay⁴ e l'altro per vietare l'uso della tortura durante gli interrogatori (gennaio 2009), mentre al tempo stesso dichiarava che gli Stati Uniti si sarebbero ritirati dall'Iraq in tempi militarmente accettabili, essendo venute meno le motivazioni della presenza dell'esercito americano in quel Paese, facendosi anche portavoce della volontà di apertura al dialogo politico e culturale con le culture islamiche; una sentenza della Corte suprema federale, pronunciata sul carcere di Guantanamo Bay ha confermato definitivamente la nuova strada intrapresa dalla politica presidenziale statunitense nella lotta al terrorismo⁵. In particolare, al tempo della presidenza di George Bush erano state istituite Commissioni militari speciali per i detenuti di Guantanamo Bay, per i quali non era prevista l'applicazione delle garanzie della Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra del 12 agosto 1949, in quanto non equiparabili ai combattenti legali né tantomeno imputabili di reati ordinari ai quali garantire processi e garanzie ordinarie, dunque, la sospensione

³ Gli ordini sono consultabili in www.whitehouse.gov.

⁴ A seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, rivendicati dall'organizzazione terroristica Al-Qaeda, gli Stati Uniti hanno guidato una missione militare in Afghanistan allo scopo di far cadere il regime dei talebani, accusato di ospitare ed appoggiare il capo dell'organizzazione terroristica, Osama Bin Laden, e i suoi seguaci. Durante il conflitto centinaia di persone, ritenute più o meno direttamente coinvolte nell'organizzazione terroristica sono state prigioniere delle forze militari americane, trattenute nelle carceri afgane e poi trasferite nella base navale di Guantanamo; i prigionieri, la cui identità è stata tenuta segreta, sin dal momento del loro arresto sono stati sottoposti a ripetuti interrogatori, seppur in assenza di garanti legali, non è stato concesso loro alcun contatto con i familiari e non è stata concessa la possibilità di una consulenza legale (cfr. *Amnesty International Memorandum to the U. S. Government, U.S.A.: Treatment of prisoners in Afghanistan and Guantanamo Bay undermines human rights*, consultabile in www.creativeresistance.ca; al riguardo, appare interessante che un tribunale britannico ha definito la creazione del carcere di Guantanamo da parte del Governo americano «a legal black hole», non avendo avuto i detenuti di Guantanamo il diritto ad affrontare un regolare procedimento giudiziario. Cfr. FROSINI, BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di Di Giovine, Torino, 2005, 75-102.

⁵ Nell'ottobre 2001 in Bosnia erano stati fermati sei uomini di origine algerina, ma immigrati in Bosnia e con passaporto bosniaco, con l'accusa di preparare un attentato contro le sedi diplomatiche britannica e statunitense; le autorità bosniache li trattennero per i tre mesi dello svolgimento delle indagini e poi li rilasciarono dopo che la Corte Suprema bosniaca li aveva dichiarati innocenti; ma subito dopo la loro liberazione essi furono prelevati dalle forze americane e trasferiti nel carcere di Guantanamo con l'accusa di essere nemici combattenti illegali. Il 20 novembre 2008 il Giudice federale Richard Leon ha ordinato il rilascio di cinque dei sei detenuti algerini, imprigionati nel carcere di Guantanamo, poiché, secondo il parere espresso dalla Corte, la loro detenzione era illegale in quanto le prove presentate non erano sufficienti; cfr. www.balkanicaucaso.org.

per tutti i reclusi di Guantanamo dell'*habeas corpus*. La Corte suprema statunitense però, in tempi relativamente brevi dall'inizio della lotta al terrorismo (prendendo come data di riferimento in tal senso l'11 settembre 2001), si è pronunciata in senso contrario alla politica di Bush attraverso tre sentenze adottate nel giugno 2004⁶ con le quali il Supremo Tribunale ha inteso riaffermare il diritto costituzionalmente garantito del *due process of law* per cittadini americani e stranieri e il diritto per ciascun detenuto, a prescindere dalla propria nazionalità, di contestare dinanzi ad un tribunale degli Stati Uniti la propria detenzione⁷. Sembra interessante notare che la Corte non ha inteso mettere in discussione lo stato di eccezione, né ha contestato l'autorità dell'Esecutivo in una situazione di emergenza, nonostante le sentenze in questione abbiano avuto come conseguenza una limitazione dei poteri eccezionali concessi al Presidente federale, affermando invece l'inviolabilità del diritto alla difesa della libertà personale di ciascun individuo: la Corte, in chiaro richiamo al dettato della Costituzione, che non permette al governo di trattenere sospetti combattenti nemici o terroristi per un tempo indefinito senza la loro formale incriminazione e senza che ad essi venga concessa la garanzia del procedimento penale statunitense, ha affermato pertanto l'illegittimità costituzionale dell'azione governativa. E un tale indirizzo giurisprudenziale appare confermato da due successive sentenze Hamdan c. Rumsfeld (2006) e Boumediene c. Bush (2008), la quali segnano un punto di non ritorno nella condanna, da parte della Corte suprema, della politica⁸ della *War on Terro-*

⁶ Sentenze Al Odah ed altri c. United States (20 aprile 2004), Rasul ed altri c. United States (20 aprile 2004); Hamdi c. United States (28 aprile 2004), Padilla c. Rumsfeld, (28 aprile 2004), tutte consultabili in www.supremecourt.gov.

⁷ FROSINI, BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit., 75-101.

⁸ In particolare, con la sentenza Hamdan v. Rumsfeld (2006) la Corte si è pronunciata nel senso di una censura dell'ordinanza presidenziale che istituiva le Commissioni militari speciali a Guantanamo per i sospetti terroristi (non cittadini), sottolineando l'obbligatorietà di una fase processuale in cui si determini lo status dei prigionieri per una eventuale detenzione, non ammettendo dunque la posizione del governo secondo cui una volta classificato il detenuto (in questo caso terrorista o sospetto tale) sarebbe bandita qualsiasi forma di ricorso individuale; e ancora nella sentenza la Corte, nel dichiarare non legittime le Commissioni militari, stabilisce che la loro istituzione non rientrava nei poteri del Presidente, richiamando necessariamente l'attenzione del Congresso sulla vicenda, poiché ai sensi della Costituzione ad esso compete la determinazione di norme in materia di privazione della libertà e di diritti fondamentali. Ad un'attenta lettura la sentenza in esame censura pertanto l'ordinanza presidenziale per violazione del principio della separazione dei poteri tra l'esecutivo e il legislativo. Infatti, nella sentenza l'opinione della maggioranza si è espressa nel senso di un rifiuto di un atteggiamento deferente all'esecutivo e della necessità di un controllo sulle attività di quest'ultimo; (cfr. BOLOGNA, *Hamdan vs. Rumsfeld: quando la tutela dei diritti è effetto della separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2006, 813 ss). Nella sentenza Boumediene v. Bush (2008), la Corte ha dichiarato che la tesi secondo cui la guerra al terrorismo richiederebbe strumenti non tradizionali ai fini della salvaguardia della sicurezza collettiva non è di per sé condizione sufficiente a giustificare la deroga ai principi dello stato di diritto, dimo-

*risni*⁹ adottata dal Presidente Bush nella lotta al terrorismo¹⁰. La Corte ha messo in evidenza che lo stato di emergenza, condizione anomala e grave, deve essere considerato essenzialmente temporaneo, con la conseguenza che le misure adottate perderanno legittimità se protratte nel tempo in maniera ingiustificata. In tal senso, la prima elezione di Obama alla Presidenza, le cui scelte politiche già in campagna elettorale erano chiaramente orientate a chiudere il carcere di Guantanamo e a garantire a tutti i prigionieri l'applicazione dell'*habeas corpus*, potrebbe considerarsi quale affermazione e recepimento dell'indirizzo giurisprudenziale della Corte suprema. Ma dopo essere stato eletto, il Presidente Obama ha deciso di continuare la politica di lotta al terrorismo del suo predecessore attraverso lo strumento della *War on Terrorism*, rinunciando a chiudere il carcere di Guantanamo (sebbene egli abbia attribuito la mancata chiusura al Congresso) e il 2 gennaio 2013, dopo essere stato eletto per la seconda volta alla carica presidenziale, ha firmato l'Atto di autorizzazione alla difesa nazionale, che pone nuovi ostacoli alla chiusura del carcere¹¹.

1.2 Canada.

Il Canada, come gli Stati Uniti, già registrava prima dei tragici eventi accaduti

strandando così che le esigenze di sicurezza non possono eliminare le garanzie fondamentali dell'*habeas corpus*; si legge infatti nelle motivazioni della maggioranza scritte dal Giudice Anthony Kennedy che «the laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that laws», cfr. GROPPI, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cit.; DI COSIMO, *Costituzione ed emergenza terroristica*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it.

⁹ Il 13 novembre 2001, in qualità di Presidente e di comandante delle forze armate degli Stati Uniti, Bush proclama il *Military Order*, in cui si stabilisce l'esistenza di *a state of armed conflict* contro i terroristi internazionali e contro l'organizzazione di Al-Qaeda; appare interessante sottolineare che già il titolo del decreto, *Detention, Treatment and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, mette in relazione lo stato di guerra e la lotta al terrorismo, potendovi leggere la necessità del difficile bilanciamento tra sicurezza e la tutela della libertà. Cfr. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, op. cit., in particolare pp. 17-21.

¹⁰ NAPOLETANO, *Il ripristino dell'habeas corpus a favore dei nemici combattenti detenuti a Guantanamo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 468 ss.

¹¹ Cfr. NOURY, *Chiudere Guantanamo, la promessa mancata di Obama*, in www.lepersonneladignita.corriere.it. Al riguardo deve ricordarsi che secondo la *Disposition Matrix*, creata dall'amministrazione Obama agli inizi del 2010, tutte le agenzie di *intelligence* partecipano alla compilazione di una *Kill List* di terroristi, tra i quali è proprio il presidente a decidere chi debba essere eliminato per motivi di sicurezza. Proprio la stretta collaborazione tra *intelligence* e forze speciali statunitensi, ha portato alla individuazione e alla eliminazione nella notte tra l'1 e il 2 maggio 2011 di Osama Bin Laden, ritenuto il mandataro dell'attacco terroristico dell'11 settembre 2001. Cfr. MOLINARI, *Uso di droni e "Kill List" di terroristi. La tattica di Obama contro Al Qaeda*, in www.lastampa.it.

l'11 settembre 2001 la presenza sul proprio territorio di gruppi terroristici considerati in grado di mettere in pericolo l'integrità della Nazione¹². Nel dicembre 2001, è stato approvato l'*Anti-Terrorism Act* (in realtà il progetto era già presente nell'agenda governativa prima dell'attentato di New York) che definisce il crimine di terrorismo¹³, amplia le fattispecie di crimini riconducibili a tale reato e rafforza i poteri investigativi al fine di prevenire attacchi terroristici; vi sono state novità anche nel codice penale, al cui interno sono stati inseriti reati che pure solo indirettamente possano dimostrarsi legati alle attività terroristiche (ad esempio si pensi agli aiuti finanziari o all'ipotesi di persone che forniscano ai terroristi alloggi o nascondigli) e sono state previste pene detentive particolarmente rigorose, pur con il presupposto indefettibile dell'accertata consapevolezza del soggetto da parte dei giudici. La novità che appare di un certo rilievo è l'introduzione, proprio nel codice penale, degli *investigative hearings*, che permettono al giudice di obbligare a testimoniare, in presenza del proprio avvocato, tutti coloro che egli ritenga abbiano informazioni su un reato di terrorismo già commesso o che si sospetti possa essere commesso, anche nel caso in cui la risposta possa comportare l'incriminazione del testimone. Nel 2004 la Corte suprema canadese si è pronunciata con due sentenze in materia, la decisione *Application under s. 83.28 of the Criminal Code* e la decisione *Vancouver Sun*, che rappresentano la volontà di mantenere il difficile bilanciamento tra sicurezza collettiva e difesa dei principi dello stato di diritto e con le quali si respingono le censure di incostituzionalità nei confronti della norma del codice penale che prevede gli *investigative hearings*¹⁴. E la legge antiterrorismo canadese rafforza in maniera significativa anche i poteri investigativi della polizia e dei giudici. Deve precisarsi che il governo canadese con l'adozione delle misure antiterrorismo ha

¹² Cfr. GROPPI, *Dopo l'11 settembre. La via canadese per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quad. cost.*, 2005, 573 ss.; BASSU, *La legislazione antiterrorismo e la limitazione della libertà personale in Canada e negli Stati Uniti*, in *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, a cura di Groppi, Napoli, 2006, 425 ss.

¹³ Viene definita attività terroristica ogni azione od omissione, commessa all'interno del Canada o anche fuori dal suo territorio per un fine, un obiettivo o una causa di natura politica, religiosa o ideologica, che metta in pericolo la vita anche di una persona solamente o si mettano in pericolo vite umane. Cfr. GAMBINO-SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Diritto pub. comp. ed eu.*, 2009, 1497-1555.

¹⁴ In particolare le sentenze affermano che è fatto salvo il diritto di non accusarsi, previsto dallo stesso codice penale e che il coinvolgimento del giudice in una inchiesta di polizia non viola l'indipendenza del potere giudiziario, poiché lo stesso giudice deve garantire nel procedimento in questione i diritti della persona sottoposta all'indagine secondo un procedimento trasparente ed aperto al pubblico; cfr. GROPPI, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cit.

espresso la volontà di ricorrere alla emanazione di una normativa specifica sotto forma di legge ordinaria (così come hanno fatto il governo americano e quelli della maggior parte dei Paesi occidentali) per contrastare l'emergenza terroristica. Una ulteriore osservazione deve essere fatta: la legislazione canadese ha inteso prevenire eventuali abusi dei pubblici poteri nella applicazione delle misure antiterroristiche, prevedendo che il Procuratore Generale del Canada e i Ministri competenti hanno l'obbligo di rendere noto ogni anno l'esatto numero dei casi in cui sia stata applicata la procedura del *preventive arrest* e la durata dello stesso prima che i soggetti siano rilasciati da parte delle forze di polizia; ancora, è prevista una *sunset clause* cui è sottoposta la legislazione antiterrorismo, secondo la quale le misure adottate decadranno in maniera automatica dopo cinque anni dalla loro effettiva applicazione o invece vedranno il loro rinnovo solo a seguito di specifici accertamenti; in questa clausola deve leggersi l'intento del legislatore canadese di non cadere nel rischio di una normalizzazione dello stato di emergenza.

1.3 Germania.

La legge fondamentale di Bonn del 1949 al momento della sua approvazione non conteneva nessun riferimento allo stato di guerra o al diritto di necessità dello Stato¹⁵, non prevedendo dunque alcuna deroga nei confronti dei diritti e delle libertà costituzionalmente previsti¹⁶. Nel 1968, a seguito dei numerosi e violenti attentati terroristici dell'organizzazione terroristica *Rote Armee Fraktion*, la Legge fondamentale è stata oggetto di una revisione che ha inserito al suo interno particolari strumenti per combattere le situazioni di crisi interna. Sotto il profilo del diritto costituzionale appare di un certo interesse che l'art. 80 della Legge fondamentale preveda che il *Bundestag* abbia la facoltà di dichiarare lo stato di tensione, senza il quale il Governo federale non potrebbe emanare decreti legislativi che riguardino l'organizzazione delle forze armate qualora sia dichiarato lo stato di difesa, la cui successiva instaurazione potrà essere dichiarata su richiesta del Governo federale, congiuntamente dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*, con la maggioranza dei due terzi; dalla maggioranza assoluta dei membri del *Bundestag* o mediante il voto a maggioranza qualificata della Commissione comune dei membri delle due Camere, in caso di accertata aggressione o minaccia di aggressione. Si noti che la Costituzione qualora sia stato accertato e dichiarato lo stato di crisi, riconosce la legge par-

¹⁵ Cfr. MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La Legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Milano, 1966, 271.

¹⁶ In tal senso cfr. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, 1999, 119 ss.

lamentare quale unica fonte competente per la previsione di deroghe ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti. Con l'entrata in vigore della revisione costituzionale del 1968 il Parlamento non ha però dichiarato lo stato di difesa, ma si è limitato ad approvare, su istanza del Governo, diverse leggi antiterrorismo che hanno apportato modifiche al diritto penale e processuale (come ad esempio la legge del 1975 che legittimava particolari restrizioni della libertà personale nei confronti dei capi della *Rote Armee Fraktion* o quella del 1977 che prevedeva la possibilità di applicare il regime della detenzione in *incommunicado* (che vieta ogni contatto con l'esterno) ai detenuti colpevoli, o anche solo sospetti e in attesa di giudizio, di reati terroristici. Il Tribunale costituzionale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle modifiche apportate al diritto penale ne dichiarò la loro conformità alla Costituzione in quanto misure temporanee (in particolare si è pronunciato proprio sull'isolamento prolungato dei membri dell'organizzazione terroristica). I tragici eventi dell'11 settembre 2001 hanno visto nuovamente il Tribunale costituzionale federale chiamato a pronunciarsi sulle misure antiterrorismo adottate: nella difficile ricerca di un bilanciamento tra sicurezza collettiva e diritti fondamentali in presenza di una emergenza terroristica, certamente il caso più interessante è stato quello della sentenza del 15 febbraio 2006, con la quale il Tribunale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14, co. 3, Legge sulla sicurezza dello spazio aereo (*Luftssicherheitsgesetz*) che prevedeva l'abbattimento, da parte delle forze armate, di un aereo civile, che trasporti piloti e passeggeri, dirottato da parte di terroristi e utilizzato come arma per colpire obiettivi civili o militari¹⁷.

Chiamati a pronunciarsi a seguito di un ricorso diretto da parte di alcuni cittadini tedeschi costretti a viaggiare con l'aereo per motivi personali e professionali, i giudici costituzionali mettono in evidenza nelle motivazioni della sentenza il contrasto tra la legge federale sulla sicurezza aerea e il diritto alla vita e la tutela della dignità umana (rispettivamente previsti dagli artt. 2 e 1 della Legge fondamentale) nella misura in cui in base alla prima l'impiego delle armi contro l'aereo sequestrato interessa anche le sorti di civili innocenti che si trovino a bordo del velivolo. In tal caso sia i membri dell'equipaggio che i passeggeri non potrebbero agire liberamente, trasformandoli in oggetti in balia non solo dei terroristi dirottatori, ma anche dello Stato, che potrebbe decidere di sacrificarli (considerandoli oggetti inanimati) in nome della sicurezza di altri individui; dunque, dicono i giudici costituzionali, se in nome del-

¹⁷ Cfr. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

la salvezza di altri individui, lo Stato decidesse di abbattere l'aereo, lederebbe i loro diritti fondamentali e la loro dignità, valori inviolabili indipendentemente dalla prevedibile breve durata della persona interessata: se lo Stato in una situazione di emergenza decidesse dunque di disporre della loro vita per raggiungere lo scopo della sicurezza di altri soggetti, priverebbe i primi del diritto fondamentale di ciascun essere umano di decidere autonomamente della propria vita, con una grave violazione della loro dignità. Per altro verso, i giudici non condannano l'intervento armato da parte dello Stato nel caso in cui il velivolo da abbattere sia occupato solo da terroristi, i quali verrebbero considerati la causa dell'emergenza che giustifica l'intervento dello Stato secondo il fine ultimo della sicurezza¹⁸.

1.4 Regno Unito.

L'immediata risposta del Regno Unito agli avvenimenti dell'11 settembre 2001 è stata l'approvazione dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act*¹⁹ (2001). Già nel dicembre 2004 i *Law Lords*, massima autorità giurisdizionale britannica, nella decisione *Belmarsh case*, si sono pronunciati su alcune previsioni dell'*Anti-Terrorism Act* a seguito del ricorso di nove detenuti stranieri, tutti cittadini extracomunitari, nel carcere di Belmarsh, i quali, arrestati in nome dell'*Anti-Terrorism Act* del 2001, erano trattenuti senza alcuna formalizzazione delle accuse e senza che nessuno di essi fosse stato incriminato formalmente; inoltre, per nessuno di loro era previsto lo svolgimento di un processo; deve precisarsi che essi erano detenuti sulla base di informazioni in possesso dei servizi di *intelligence*, che sospettavano il loro legame con organizzazioni terroristiche internazionali²⁰. Interessa qui rilevare che le considerazioni sviluppate dai *Law Lords* nella sentenza in questione, dopo aver trattato della questione della grave discriminazione tra cittadini e stranieri, affrontano il tema quanto mai rilevante del principio della proporzionalità delle mi-

¹⁸ Sentenza 1 *BvR* 357/05 del 15 febbraio 2006; il Tribunale considera che: «i passeggeri e l'equipaggio di un aereo dirottato si trovano in una situazione estrema, costretti in uno spazio ristretto e senza via d'uscita, impossibilitati ad incidere autonomamente sulle proprie condizioni di vita. (...), ciò che già li rende oggetti nelle mani dei dirottatori. Facendo applicazione della legge impugnata, anche lo Stato li tratterebbe come meri oggetti della propria azione volta a salvare la vita altrui. (...) Trattarli così significa disconoscere in capo a queste persone la qualità di soggetti dotati di una dignità e di diritti inviolabili. La loro uccisione come mezzo per salvare le vite altrui li strumentalizza e li esautora dei propri diritti: nel disporre unilateralmente delle loro vite, lo Stato nega ai passeggeri dell'aereo (che, in quanto vittime, avrebbero invece loro stessi bisogno di protezione) quel valore che spetta ad ogni uomo in quanto tale».

¹⁹ Cfr. GROPPI, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cit.

²⁰ Cfr. BASSU, *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica anti-terrorismo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

sure restrittive dei diritti fondamentali nei confronti di terroristi o sospetti tali. Circa il primo punto la Corte afferma che la detenzione di stranieri sospettati di terrorismo per un tempo non definito (e dunque potenzialmente illimitato) senza che ad essi venga garantito lo svolgimento di un regolare processo, costituisce una violazione dello *Human Rights Act* del 1998, comportando una discriminazione a danno dei detenuti stranieri. I *Law Lords* invitano il Governo a sostituire con urgenza e disposizioni che prevedono una detenzione la cui durata potrebbe essere senza fine per i cittadini non britannici sospettati di atti terroristici con una legislazione che consideri in egual maniera tutte le situazioni riconducibili all'ipotesi di terrorismo, a prescindere dalla nazionalità dei sospettati e che non comporti deroghe alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Occorre notare che i *Law Lords* non hanno messo in discussione l'esistenza di un reale ed imminente pericolo per la vita della Nazione²¹, che era stata sostenuta dal Governo per giustificare il ricorso al regime di deroga all'art. 15 Convenzione europea (Deroga in caso di emergenza), ma piuttosto hanno preferito il richiamo al principio di uguaglianza da cui ne consegue la garanzia dei diritti dei detenuti a prescindere dalla loro cittadinanza²². In tale occasione la Corte suprema britannica si è pure dichiarata nel senso della non ammissibilità di prove a carico di detenuti raccolte attraverso il ricorso alla tortura, dichiarando, all'unanimità, inammissibili anche quelle prove provenienti da Stati terzi, di cui si abbia il dubbio che siano state ottenute attraverso la tortura. Una sentenza dell'8 dicembre 2005²³ però ripropone la problematicità della questione della raccolta delle prove attraverso il ricorso alla tortura, poiché se esiste anche solo un margine di dubbio dell'uso della tortura, sarà comunque possibile acquisirle; l'argomento è di un certo

²¹ Il dubbio dei giudici riguarda il nesso logico tra mezzo e fine: se il fine ultimo è la vita della Nazione, allora il regime derogatorio alla garanzia dei diritti ne rappresenterebbe il mezzo; se la vita di una Nazione, intesa quale insieme delle sue istituzioni e dei suoi valori, può essere minacciata da gravi attacchi esterni (evidentemente armati, si pensi al nazismo), non certamente potrà essere messa in pericolo dal terrorismo internazionale nonostante le vittime che potrà causare; e allora leggi che siano in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali non troverebbero giustificazione nel pericolo di vita di una Nazione, nonostante l'evidente stato di pericolo; cfr. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in www.forumcostituzionale.it.

²² Durante il procedimento, è stato dato rilievo alla differenza di trattamento tra cittadini e non cittadini, non riuscendo le autorità a dimostrare in maniera convincente la necessità di incarcerazione per un tempo indeterminato di uno straniero, per motivi direttamente legati alla tutela della sicurezza nazionale, ma non di un cittadino britannico. Cfr. LEYLAND, *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti individuali nel Regno Unito*, in *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, cit., 241 ss., in particolare 254.

²³ House of Lords, Judgments - A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004) A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals), [2005] UKHL 71, 8 dicembre 2005.

rilievo se si considera che parte delle udienze di fronte alla Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione si svolgono in segreto, con l'eventualità che la motivazione che porti un giudice ad acquisire prove nonostante il sospetto dell'uso della tortura potrebbe rimanere sconosciuta anche agli avvocati dell'incriminato. A seguito della sentenza *Belmarsh case*, le pronunce dei *Law Lords* riguardanti la detenzione potenzialmente illimitata di terroristi o sospetti tali hanno fornito una soluzione nel senso di un sistema di *control orders* (una nuova categoria di provvedimenti amministrativi di natura cautelare), introdotto nell'ordinamento britannico dal *Prevention of Terrorism Act* del 2005. Il sistema di *control orders* prevede diverse misure di sicurezza, il divieto di accedere ad alcune cose o servizi, il divieto di uso di strumenti di comunicazione telefonici o telematici, il divieto di frequentazione di determinate persone, il divieto di associazione, restrizioni alla libertà di movimento sino alla detenzione domiciliare, il coprifuoco; tali provvedimenti vengono emessi dal Ministro dell'interno nel caso in cui non comportino misure detentive o misure a queste assimilabili (*non-derogating control orders*), ai sensi dell'art. 5 C.e.d.u., o dall'autorità giudiziaria, su richiesta del Ministro dell'interno. Nel caso opposto (*derogating control orders*), i *control orders* sono soggetti a controllo di legittimità da parte della *High Court* e il giudizio è articolato in due fasi, la prima delle quali deve avere inizio entro sette giorni dall'emissione del provvedimento; la Corte può infatti annullare l'ordine o imporre all'Amministrazione delle modifiche; la Corte deve verificare caso per caso se la misura di prevenzione imposta possa essere considerata o meno una illegittima *deprivation of liberty* invece di una *restriction of liberty of movement* riconoscendo che la linea di confine tra i due principi se certamente è molto sottile è al tempo stesso chiaramente delineata e non potrà essere modificata seppur in presenza di emergenza terroristica²⁴.

A seguito degli attentati terroristici di Londra del 7 luglio 2005, la legislazione antiterrorismo britannica ha subito una ulteriore riforma, attraverso l'adozione del *Terrorism Act* (approvato il 30 marzo 2006), che di fatto ha introdotto nell'ordinamento nuove figure criminose legate al terrorismo, in particolare l'ipotesi criminosa di incoraggiamento al terrorismo che punisce la pubblicazione di qualsiasi scritto il cui contenuto possa incoraggiare o favorire il terrorismo ovvero, comunque, indurre a commettere, preparare o istigare atti terroristici; inoltre prevista la fattispecie di incoraggiamento indiretto, realizzata attraverso la apologia della commissione o della preparazione di atti

²⁴ Cfr. GROPPI, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo internazionale: verso un dialogo giurisprudenziale?*, cit.

terroristici.

Tra il 2008 e il 2009 è stato approvato il *Counter-Terrorism Act*, del quale certamente la norma più controversa è l'estensione del periodo massimo di detenzione per le persone sospettate di reati terroristici, ma non ancora processate, da ventotto giorni (previsti dal *Terrorism Act* del 2006) a quarantadue. È stato rilevato da numerose associazioni per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che tale previsione viola apertamente i principi che sono alla base di Stato di diritto, tra i cui la presunzione di innocenza²⁵.

2. Il diritto alla difesa e le misure internazionali nella lotta al terrorismo.

Sembra utile dunque un richiamo alle misure internazionali adottate al fine di combattere l'emergenza terroristica²⁶. In tal senso l'attenzione dovrà soffermarsi sulle attività antiterrorismo dell'ONU, che già a partire dagli anni novanta ha visto l'adozione di specifiche risoluzioni da parte dell'Assemblea generale e la realizzazione di specifici studi condotti dalla Commissione dei diritti umani²⁷. Successivamente agli accadimenti dell'11 settembre 2001 le attività antiterrorismo dell'ONU si sono moltiplicate con un diretto coinvolgimento del Consiglio di Sicurezza, dell'Assemblea Generale e delle istanze "specializzate" di Ginevra; in molti casi si è trattato di attività rivolte esplicitamente alla tutela dei diritti umani nella lotta al terrorismo, mentre in altri, alcune di esse, in particolare quelle del Consiglio di Sicurezza, sono state ritenute, in seguito, potenzialmente o di fatto idonee a violare i diritti umani. Sotto quest'ultimo aspetto si fa riferimento alla c.d. *listing*, una procedura sostanzialmente amministrativa condotta da un Comitato istituito dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, incaricato di compilare liste di persone e/o di organismi, aventi un legame più o meno diretto con organizzazioni terroristiche, per i quali soggetti sono previste sanzioni, tra cui il congelamento dei capitali e delle risorse finanziarie. L'Unione europea, in base al secondo e al terzo pilastro (relativi uno alla politica estera e di sicurezza comune e l'altro alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), ha applicato le risoluzioni ONU, in tal maniera escludendo o riducendo sensibilmente le garanzie giurisdizionali dei soggetti coinvolti, i cui diritti individuali sono così direttamente

²⁵ Cfr. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, 545-561.

²⁶ Cfr. NESI, *Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale alla luce del rapporto del relatore speciale dell'ONU*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, 1, 73-89.

²⁷ Cfr. GARGIULO, *Le misure di contrasto al terrorismo nell'era dei diritti umani: considerazioni introduttive*, in *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo internazionale*, a cura di Gargiulo, Vitucci, Napoli, 2009, 1-28.

limitati²⁸. Il problema si è posto a seguito del ricorso di soggetti privati direttamente colpiti dai provvedimenti della Comunità europea, in quanto non sembra chiaro in che maniera i soggetti il cui nominativo sia inserito in una lista compilata da un organismo internazionale (di fronte al quale non è prevista alcuna garanzia né procedurale né giurisdizionale) ed eseguita con provvedimenti adottati da organismi comunitari, sindacabili solo in astratto, ma non in concreto (comportando in quest'ultimo caso un sindacato sugli stessi atti comunitari adottati in nome del secondo e del terzo pilastro e delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza). Sia il Tribunale di prima istanza che la Corte di Giustizia si sono pronunciati in materia con una lunga serie di sentenze; interessa rilevare che in principio il giudice comunitario ha inteso negare esplicitamente che i ricorrenti (in generale i soggetti colpiti dai provvedimenti) godessero di un diritto alla tutela giurisdizionale dei propri diritti in quanto la documentazione utilizzata ai fini della compilazione della lista è assolutamente riservata perché funzionale alla lotta al terrorismo (dunque i soggetti interessati non possono richiederla), in considerazione anche del fatto che gli obblighi assunti dagli Stati aderenti all'ONU prevalgono su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o internazionale pattizio, con la conseguenza che anche gli atti comunitari assunti in virtù di vincoli posti dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non possano essere soggetti a controllo di legittimità da parte dei giudici comunitari (salvo che per le norme fondamentali del diritto internazionale)²⁹. Nelle decisioni successive il giudice comunitario ha inteso dimostrare una apertura nei confronti della garanzia della tutela giurisdizionale dei soggetti che siano attori o sospetti di atti terroristici: è stato infatti enfatizzato il ruolo degli Stati membri nella procedura di *de-listing*, con l'obbligo di assicurare ogni garanzia di contraddittorio nel procedimento amministrativo che gli interessati potrebbero attivare o che potrebbe comportare la richiesta, nei confronti dello Stato di appartenenza o di residenza (e di questi all'organismo ONU) di cancellazione del nominativo dalla lista o una deroga al congelamento dei capitali; al tempo stesso gli Stati membri dovranno assicurare le garanzie giurisdizionali dei soggetti colpiti dalle misure anti-terrorismo³⁰. Successivamente, la giustizia comunitaria ha esteso il suo sindacato sugli atti comunitari di attuazione della risoluzione del Consiglio di Sicurezza quando comportino un margine di valutazione discrezionale³¹, poiché in

²⁸ Cfr. BARTOLONI, *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e terzo pilastro UE*, in *Quad. cost.*, 2005, 170 ss.

²⁹ Trib. primo grado C.E., 26 aprile 2005, Sison c. Consiglio.

³⁰ Trib. U.E., 12 luglio 2006, Ayadi e Hassan.

³¹ Trib. U.E., 12 dicembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* (OMPI) c. Consiglio

tal caso le istituzioni comunitarie non potranno derogare alle garanzie che tutelano i diritti individuali e in particolare il diritto alla difesa nel procedimento decisionale e il diritto ad agire dinnanzi agli organi giurisdizionali. Successivamente, nel dichiarare l'illegittimità di un atto comunitario per violazione dei diritti fondamentali, i giudici comunitari da un lato confermano il compito degli Stati nazionali di individuare i soggetti che abbiano un legame (diretto o indiretto) con il terrorismo internazionale e individuare a tal fine le procedure che intendano utilizzare, sulla base delle risoluzioni ONU e, dall'altro, essi chiedono che sia rispettato il sistema dei diritti umani, il cui compito spetterà tanto ai giudici nazionali che a loro stessi, secondo una prospettiva di tutela multilivello dei diritti, attribuendo dunque alla giurisdizione comunitaria il compito di verificare la legittimità in senso stretto del provvedimento di congelamento dei fondi e il compito di valutare l'opportunità delle considerazioni che abbiano portato al congelamento stesso³².

3. Lo stato di emergenza in Israele.

Le brevi considerazioni svolte consentono di illustrare la particolare situazione in cui si trova lo Stato di Israele. Questo infatti il 14 maggio 1948, nel corso di una cruenta guerra civile tra israeliani e arabi di Palestina e prima dello scadere del mandato britannico su questa terra, si è autoproclamato Stato indipendente, in richiamo alla Risoluzione ONU del 29 novembre 1947, che prevedeva la creazione di due Stati indipendenti, uno ebraico e l'altro palestinese. È noto però che la creazione dello Stato di Israele, libero ed indipendente, non ha visto la contemporanea creazione di uno Stato palestinese, anch'esso libero ed indipendente. Pochi giorni dopo la sua creazione, il nuovo Stato subì l'invasione di truppe libanesi, siriane, egiziane, irachene e transgiordane, mosse dal comune intento di creare uno Stato unitario di Palestina, in netto contrasto con quanto invece auspicato dall'ONU nella sua Risoluzione del 1947 riguardante proprio la spartizione del territorio della Palestina. La contestazione della Dichiarazione di indipendenza dello Stato di

il cui interesse risiede nel quesito che si pone, una volta affermata la non vincolatività della competenza dei giudici comunitari dopo il recepimento delle risoluzioni ONU che prevedevano il congelamento dei fondi di soggetti nominativamente designati, senza che fosse consentito alla Comunità alcun meccanismo di riesame: qual è dunque l'ampiezza del diritto di difesa dei singoli nei confronti di una decisione comunitaria non vincolata? Cfr. CAPPUCCIO, *Il controllo degli organi giurisdizionali, nazionali e comunitari, sulle decisioni in tema di lotta al terrorismo internazionale: è illegittima la decisione delle istituzioni comunitarie che non rispetta il diritto di difesa*, in www.forumcostituzionale.it.

³² Cfr. CAPPUCCIO, *Il controllo degli organi giurisdizionali, nazionali e comunitari, sulle decisioni in tema di lotta al terrorismo internazionale: è illegittima la decisione delle istituzioni comunitarie che non rispetta il diritto di difesa*, cit.

Israele da parte dei Palestinesi e degli altri Paesi arabi ha avuto come diretta conseguenza la dichiarazione dello stato di emergenza da parte di Israele, costretto ad affrontare continue minacce per la propria esistenza e per la sicurezza dei suoi cittadini. In particolare, già il 23 settembre 1948, è stata emanata una ordinanza per la Prevenzione del terrorismo, le cui disposizioni, nel corso degli anni ottanta e novanta, sono state emendate ben tre volte³³. Deve ricordarsi che lo stato d'emergenza in Israele basa la sua legittimazione su tre fonti principali: il regolamento di difesa del 1945 (dunque del tempo in cui la Palestina era ancora sotto il mandato inglese), l'art. 9 dell'ordinanza sul potere e il diritto del 1948 che regola l'emanazione di regolamenti di emergenza, la legge sui poteri in uno stato di emergenza, del 1979, che disciplina l'arresto in assenza di un procedimento penale ordinario per fini di sicurezza dello Stato e di sicurezza pubblica³⁴; in base all'art. 5 Legge fondamentale sul Governo (emanata nel 1964 ed emendata nel 1992 e nel 2001) la situazione dello stato di emergenza può comportare una modifica sostanziale di una legge o la sospensione temporanea della sua efficacia, senza però poter limitare il diritto ad un equo processo né consentire l'offesa della dignità umana. E la regolamentazione dello stato di emergenza permette inoltre all'organo del potere esecutivo di emanare regolamenti di emergenza, la cui durata non deve superare i tre mesi, salvo proroga disposta dalla *Knesset*; attraverso tali atti, il Governo ha il potere di ordinare misure preventive di detenzione amministrativa al fine di evitare situazioni che possano mettere in pericolo la sicurezza dello Stato e la vita dei cittadini³⁵.

4. Emergenza, detenzione amministrativa, decreti di restrizione e diritti fondamentali.

Dunque, giuridicamente Israele vive in uno stato di emergenza mai annullato e che permette il ricorso ad una legislazione di emergenza, la quale consente, seppur in assenza di una autorizzazione da parte della *Knesset*, di emettere regolamenti di emergenza per motivi di sicurezza dello Stato e della vita dei cittadini. Sin dal 1967 Israele occupa i territori dell'Autorità palestinese, con la conseguenza del verificarsi di violenti attacchi terroristici che mettono in pericolo la sicurezza dei propri cittadini. Dall'ottobre del 2000 il conflitto

³³ *The Prevention Of Terrorism Ordinance* n. 33, 5708-1948, come emendata dalle leggi 5740-1980, 5746-1986 e 5753-1993.

³⁴ Cfr. NAVOT, *La Corte suprema d'Israele e la lotta al terrorismo*, cit., 243-263.

³⁵ Cfr. BARAK, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempo di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Roma «La Sapienza» il 6 dicembre 2007*, a cura di Moccia, Napoli, 2009, 37 ss.

israelo-palestinese è entrato in una nuova fase, la seconda *Intifada*, che con gli attacchi dei terroristi suicidi nelle città israeliane e il coprifuoco nella *West Bank*, ha avuto come conseguenza operazioni militari israeliane nelle città palestinesi; tutto ciò ha posto nuove questioni circa il difficile bilanciamento tra sicurezza di uno Stato che versi in uno stato di emergenza e garanzia dei diritti umani³⁶. Si domanda Suzie Navot: «è legittima la punizione collettiva della popolazione delle città? È possibile distruggere le case in cui vivevano i terroristi? Che strumenti giuridici dovrebbe usare la Corte Suprema per il controllo giurisdizionale sugli atti delle forze di sicurezza? I poteri di altri organi che combattono il terrorismo dovrebbero venir accresciuti? Quale potrebbe essere la portata di un intervento giurisdizionale trattandosi delle misure adottate contro il terrorismo?»³⁷. In particolare, deve farsi riferimento al provvedimento della detenzione amministrativa; in forza dell'art. 2 legge sui poteri in uno stato di emergenza (detenzione) n. 5739 del 1979, il Ministro della difesa è autorizzato a detenere una persona per un periodo di sei mesi, prorogabili ogni volta per altri sei, senza alcuna limitazione; il detenuto deve essere portato dinanzi alla Corte distrettuale entro quarantotto ore dall'arresto e contro la decisione di questa ha la possibilità di appello dinanzi a ad un giudice della Corte Suprema. Le stesse corti hanno però messo in rilievo che il provvedimento della detenzione amministrativa è senza dubbio un provvedimento estremo, cui ricorrere in circostanze anche queste estreme, quando cioè la sicurezza dello Stato e la sicurezza pubblica siano in grave pericolo e non vi siano altri strumenti per impedire il verificarsi della situazione di emergenza³⁸. In base al regolamento di difesa (stato di emergenza) del 1945 un comandante militare può essere autorizzato ad emettere decreti di restrizione, di custodia o di limitazione alla libertà. Attraverso i decreti di restrizione (che però non sono frequenti) la decisione di uno, seppur un comandante militare (sulla base di informazioni segrete, senza un giusto procedimento e in assenza di un controllo giurisdizionale), può vietare ad una persona di entrare in una particolare zona del Paese, in un determinato luogo, di abitare in un luogo piuttosto che ordinare di abitare in un altro e di non abbandonarlo senza che sia autorizzato dalla polizia, può ordinare di presentarsi alla polizia un determinato numero di volte o ancora di non intrattenere rapporti con altre

³⁶ Cfr. BARAK, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempo di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit.

³⁷ Cfr. NAVOT, *Le libertà fondamentali*, in *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, a cura di Groppi, Ottolenghi, Mordechai Rabello, Torino, 2006, 210-211.

³⁸ Cfr. NAVOT, *Le libertà fondamentali*, cit., 212.

persone o di non uscire di casa dopo il tramonto³⁹. L'adozione di provvedimenti di detenzione amministrativa e di decreti di restrizione, seppur in uno stato di emergenza di grave e imminente pericolo per la sicurezza dello Stato e la vita dei cittadini, ha come diretta conseguenza la limitazione dei diritti fondamentali. E poiché si è in assenza di una Costituzione scritta (ovvero formale), l'attività della Corte Suprema è da subito apparsa nella sua importante veste di giudice nel difficile bilanciamento tra strumenti consentiti nella lotta al terrorismo (quale situazione di grave pericolo) e tutela dei diritti fondamentali: da un lato, infatti, vi è il riconoscimento per lo Stato di utilizzare qualsiasi mezzo per la difesa dei propri cittadini e dall'altro la necessità di garantire la costituzionalità e la legalità dei mezzi utilizzati, non da ultimo la guerra. Le attività cui le forze di sicurezza israeliane hanno fatto e tuttora fanno ricorso e di cui di è occupata la Corte Suprema hanno avuto ad oggetto le uccisioni preventive mirate, la residenza assegnata ed i sistemi di interrogatorio di persone sospette; in ambito del difficile bilanciamento tra stato di emergenza e tutela dei diritti umani e dei valori democratici dello Stato in Israele la Corte Suprema è riuscita a limitare, sin dalla sua nascita, la lesione dei diritti fondamentali da parte delle autorità, seppur in caso di grave ed imminente pericolo (si deve ricordare che il legislatore israeliano ha contribuito solo in parte alla tutela delle libertà fondamentali, mancando ancora in Israele una Legge fondamentale sui diritti della persona, la cui tutela ha di fatto visto una battuta d'arresto nel 1992, anno della approvazione, da parte della *Knesset* delle due Leggi fondamentali sulla libertà di occupazione e sulla dignità e la libertà della persona⁴⁰).

5. La sentenza della Corte Suprema dell'8 maggio 2012.

L'8 maggio 2012, con la sentenza n. 3091 del 1999, la Corte Suprema ha respinto la richiesta di ACRI, *The Association for Civil Rights in Israel* di sospendere lo stato di emergenza. Nel 1999 ACRI aveva chiesto alla Corte l'annullamento dello stato di emergenza che pone serie limitazioni alla libertà di espressione e di associazione, costituzionalmente garantite, viola il diritto alla proprietà privata ed è contrario alla Legge fondamentale sulla dignità e libertà della persona; i giudici, si legge nella sentenza, ammettono i pericoli derivanti dalle minacce provenienti dalle organizzazioni terroristiche, il pericolo derivante ai confini dello Stato dalla cosiddetta primavera araba e la questione iraniana. Tuttavia, anche non ritenendo più che la sicurezza dello Stato

³⁹ Cfr. NAVOT, *Le libertà fondamentali*, cit., 213.

⁴⁰ Cfr. NAVOT, *Le libertà fondamentali*, cit., 223-225.

sia in pericolo, la Corte si è espressa sulla “Legislazione di emergenza”, adottata dalla Commissione interministeriale incaricata, che da oltre venti anni mette in evidenza i pericoli del sistema di misure adottate in base allo stato di emergenza e critica le misure adottate in quanto troppo restrittive dei diritti fondamentali, consigliando una nuova legislazione⁴¹. Secondo il Presidente della Corte Dorit Beinisch «*Israel is a normal country that isn't normal; it is normal in that it is an active democracy in which fundamental rights including free elections, freedom of expression, and independence of courts and legal advisers, are safeguarded. It essentially fulfills its mandate as a Jewish and democratic state. [Israel] is not normal in that its existential threats have yet to be quelled, the only democratic country in that position today (...) The 'mass of normality' is sufficient to request that emergency legislation will be suited to the normal face and not normal face as one. This is an attainable goal; not in the clouds*»⁴².

Il tema della sicurezza dello Stato e della vita dei cittadini da sempre riveste grande importanza pure nell'attività della Corte Suprema israeliana, la quale, in assenza di una Costituzione formale, è investita del compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali seppur in una situazione di perenne emergenza. Può in tal senso citarsi la sentenza n. 3128 del 2012, in cui la Corte ha approvato il rinnovo semestrale del provvedimento di detenzione amministrativa nei confronti di Mahamoud Masalmani, militante di Hamas, arrestato per attività terroristiche, rilasciato e successivamente arrestato di nuovo per aver accoltellato un cittadino israeliano. Essendo il prolungamento della detenzione amministrativa disposto da una autorità di polizia o militare, esso sfugge al controllo dei giudici; ciò nonostante, la Corte ha inteso ribadire che il periodo di detenzione amministrativa è certamente misura eccezionale adottata per motivi di sicurezza, il cui rinnovo è permesso solo se in presenza di prove che dimostrino la persistente pericolosità del soggetto. È stato sottolineato da più parti come il difficile compito svolto dalla Corte Suprema israeliana nel complicato tentativo di bilanciamento tra sicurezza e diritti, e dalla Commissione interministeriale per la Legislazione di emergenza, abbia avuto come risultato la creazione di uno stato di diritto in emergenza e la legislazione adottata come misura eccezionale per combattere lo stato di emergenza sia stata sostituita da una legislazione avente ad oggetto il fine ultimo della lotta al terrorismo la cui novità consisterebbe nel far vivere lo stato di diritto nell'

⁴¹ Cfr. PARASZCZUK, *High Court upholds state of emergency*, in www.m.jpost.com.

⁴² *Supreme Court Rejects Petition to End Continual State of Emergency*, in www.acri.org.il.

nell'emergenza⁴³.

⁴³ Al riguardo, il giudice Barak, nella sentenza *Barzilai v. Gov't of Israel* (n. 428/86), ha affermato che «non c'è sicurezza senza legge. Lo stato di diritto è un elemento della sicurezza nazionale. La sicurezza ci chiede di individuare mezzi corretti per l'interrogatorio. Altrimenti il Servizio di Sicurezza Generale non sarà in grado di raggiungere i suoi obiettivi. La forza del Servizio risiede nella pubblica fiducia in esso. La sua forza sta nella fiducia che la Corte gli accorda (...) Senza questa fiducia, gli organi dello Stato non possono funzionare. Questo vale sia per la pubblica fiducia nelle corti, che per gli altri organi dello Stato».