

Il contrasto al terrorismo e alla pirateria

Analogie e differenze tra due paradigmi di “nemicalizzazione” del diritto penale

Roberto Bartoli

Abstract: Terrorism and piracy show, at the same time, similarities and differences, which affect the instruments of counteract. While the concept of terrorism is a modern one, the concept of piracy is at the same time modern and antique, and therefore it has to be put into the proper context. Furthermore, while terrorism challenges sovereignty on the ground of values, piracy challenges sovereignty aiming at saving free land from State control. Again, though both of them force criminal law to turn into “criminal law of the enemy”, yet only the fight against terrorism implies the violation of fundamental rights, while modern piracy does not undermine offenders’ rights in criminal proceedings.

[**Keywords:** Terrorism; Piracy; Criminal Law; Sovereignty; Fundamental Rights]

1. Il contrasto al terrorismo e alla pirateria e la “nemicalizzazione” del diritto penale

Se nel contrasto di qualsiasi fenomeno criminoso si viene a creare una tensione tra esigenze di tutela della società, che possono portare a eccessi punitivi come per esempio la comminatoria di pene sproporzionate, ed esigenze di garanzia del reo, finalizzate a contenere ed evitare tali eccessi, nel contrasto al terrorismo e alla pirateria siffatta tensione diviene acutissima, talmente acuta da indurre gli Stati a configurare strumenti di contrasto del tutto inediti, che possono non solo presentare aspetti di illegittimità, ma addirittura determinare un “sovvertimento” delle categorie giuridiche tradizionali e una mutazione del paradigma del diritto penale, trasformandolo in alcuni casi perfino in uno strumento di mero annientamento della persona.

In estrema sintesi, si può affermare che rispetto al terrorismo e alla pirateria il diritto penale tende a subire un processo – per così dire – di nemicalizzazione, vale a dire una trasformazione dalla dimensione “criminale” a quella “nemica”, nel senso che esso viene contaminato, sul piano concettuale, dalle categorie del diritto dei conflitti armati e, sul piano “pratico-applicativo”, dall’impiego della forza armata.



2. Una breve “storia” degli strumenti di contrasto al terrorismo

Per rendersi conto di questo processo di “nemicalizzazione” a cui va incontro il diritto penale, è sufficiente dare uno sguardo alla “storia” degli strumenti che sono stati impiegati per il contrasto al terrorismo e alla pirateria.

Per quanto riguarda il terrorismo, si possono distinguere due fasi: la prima fase riguarda il secolo scorso e va dalla fine degli anni '70 fino alla sua conclusione ed è caratterizzata dal contrasto al terrorismo c.d. interno o nazionale; la seconda fase va dall'inizio del terzo Millennio fino ad oggi ed è caratterizzata dal contrasto al terrorismo c.d. internazionale.

Circa la prima fase, nonostante che il terrorismo nazionale avesse raggiunto una capacità offensiva elevatissima, sia per la realizzazione di numerosi atti di violenza, sia per la sua capacità di creare un reale pericolo di destabilizzazione per le istituzioni democratiche (si pensi all'attività delle Brigate Rosse), la reazione del nostro ordinamento si è collocata non solo nella “dimensione criminale” ma anche nel pieno rispetto delle garanzie, impiegando strumenti che erano sì ispirati a una logica emergenziale, ma assolutamente razionale e ragionevole.¹ Il legislatore, infatti, da un lato, fece ricorso alle fattispecie che a vario titolo puniscono atti preparatori di uno specifico reato (istigazione a commettere reati di cui agli artt. 302 e 414 c.p., apologia di delitti di cui all'art. 414, comma 3, accordo a commettere un reato di cui all'art. 304 c.p.); dall'altro lato, utilizzò le fattispecie associative (associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p. e associazione con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-bis c.p.): in entrambi i casi si tratta di fattispecie che, pur essendo a tutela fortemente anticipata, colpiscono comunque fatti espressivi di un indiscutibile disvalore. Inoltre, venne incrementato l'impiego delle misure di prevenzione estendendo i soggetti destinatari in modo da ricomprendervi anche coloro che erano indiziati di appartenere ad associazioni terroristiche o che ponevano in essere atti preparatori di reati con finalità di terrorismo.

La seconda fase, caratterizzata dal contrasto al terrorismo internazionale, può essere distinta a seconda della tipologia di risposta che è stata adottata: da un lato, v'è la strategia della guerra al terrore utilizzata dagli Stati Uniti d'America, e dall'altro lato

¹ Per una efficace sintesi, cfr. M. Bouchard, G. Caselli, voce “Terrorismo”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1994.



v'è la strategia emergenziale – per così dire – inedita – adottata dall'Italia e più in generale dall'Europa.

La strategia della guerra al terrore si è caratterizzata per l'elaborazione di un nuovo paradigma che senza dubbio sovverte le categorie tradizionali non solo del diritto penale, ma, a ben vedere, addirittura del diritto in generale, in quanto si basa sull'annullamento della distinzione tra diritto in tempo di pace e diritto in tempo di guerra.² A seguito degli attacchi alle Torre gemelle, gli Stati Uniti hanno infatti concepito la c.d. guerra al terrorismo (*Global War on Terror*), basata sull'impiego della forza armata nei confronti di un'organizzazione che non ha alcun controllo su un territorio.

Secondo il paradigma tradizionale, la forza armata e la forza di sicurezza devono essere tenute nettamente distinte. La forza armata si utilizza in tempo di guerra e tra Stati. La forza di sicurezza si utilizza in tempo di pace e contro ciò che non è Stato, quindi singole persone, come anche organizzazioni criminali. In tempo di guerra il combattente legittimo può uccidere ed essere ucciso legittimamente e se fatto prigioniero gli sono applicate le Convenzioni di Ginevra e i Protocolli Aggiuntivi. In tempo di pace, il criminale non può essere liberamente ucciso e se incriminato, si applicano le garanzie sostanziali e processuali che appunto presiedono e caratterizzano il diritto penale.

Il paradigma della guerra al terrore si base invece sull'impiego della forza armata contro un'organizzazione criminale. In questa prospettiva, i terroristi appartenenti all'organizzazione criminale di Al Qaeda (ma, a dire il vero, anche combattenti legittimi appartenenti all'esercito iracheno) non sono stati considerati né combattenti legittimi a cui applicare il diritto internazionale dei conflitti armati, né criminali da processare, ma sono stati definiti come “combattenti illegittimi” destinatari di un trattamento totalmente privo di garanzie: il combattente illegittimo, infatti, non può uccidere, ma può essere ucciso in ogni momento e se catturato non può essere

² Per un'ampia trattazione del tema, cfr. F. Resta, *11 settembre: attentato alle libertà? I diritti umani dopo le torri gemelle*, Milano, Edizioni dell'Asino, 2011, p. 97 e ss.; nonché, volendo, R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 67 e ss.



sottoposto a un processo, ma nemmeno trattato come un prigioniero di guerra, potendo andare incontro a una detenzione addirittura illimitata. In sostanza, il combattente illegittimo diviene una sorta di nemico (o criminale) assoluto, vale a dire un uomo degradabile a non-persona. E il risultato finale di questa visione è stata la realtà di Guantanamo e l'impiego degli omicidi c.d. mirati, vale a dire strumenti di mero annientamento con conseguente violazione dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'Italia e più in generale l'Europa se hanno rifiutato categoricamente il paradigma della guerra al terrorismo, tuttavia hanno adottato una strategia emergenziale in cui il diritto penale è stato oggetto di indiscutibili torsioni.

In particolare, all'inizio degli anni Duemila sono state introdotte ipotesi di disciplina che rientrano nel paradigma del diritto penale del nemico. Sul concetto di diritto penale del nemico occorre chiarirsi subito.³ Non penso che tale "diritto" possa essere identificato solo e semplicemente con qualsiasi disciplina penalistica che si pone in tensione con i principi di garanzia (determinatezza, offensività, proporzione). Se così fosse, ogni legge costituzionalmente illegittima sarebbe espressione del diritto penale del nemico. Il diritto penale del nemico presenta piuttosto alcuni caratteri specifici che segnano una radicale rottura con il sistema delle garanzie. In particolare, si possono delineare i seguenti caratteri. Anzitutto, l'autore viene ricondotto a una categoria di soggetti individuata in termini "nemicali", basandosi cioè più su caratteristiche di appartenenza della persona a qualcosa che per i comportamenti compiuti. In secondo luogo, la risposta sanzionatoria si trasforma da preventiva a neutralizzante, nel senso che scopo della risposta non è tanto la prevenzione di reati, quanto piuttosto creare condizioni perché il soggetto non possa compiere alcunché. In terzo luogo, si ha la tendenza a punire fatti che si collocano prima della stessa fase esecutiva, con conseguente violazione dei principi di materialità e personalità della responsabilità penale. Infine, e direi soprattutto, il tratto maggiormente significativo è offerto dalla degiurisdizionalizzazione, nel senso che la disciplina è congegnata in modo tale che il

³ In argomento, cfr. F. Palazzo, "Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali", in *Questione giustizia*, 4 (2006), pp. 666-686 ss.; M. Donini, "Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico", in A. Gamberini e R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 131-178.



destinatario viene messo, nella sostanza, nell'impossibilità di far valere le proprie ragioni davanti a un giudice, con la conseguenza che è non solo nell'impossibilità di "difendersi", ma anche nell'impossibilità di attivare gli strumenti di garanzia costituzionalizzati che nel nostro sistema passano necessariamente dal potere giurisdizionale.

Alla luce di questi caratteri, si può affermare che nel nostro ordinamento v'è stata una sola misura che può considerarsi autentica espressione del diritto penale del nemico, vale a dire l'espulsione preventiva come disciplinata dall'art. 3 (in particolare, comma 2) d.l. n. 144 del 2005, conv. legge n. 155 del 2005, vigente dal luglio 2005 fino al 31 dicembre 2007, che poteva essere disposta dal Ministro dell'interno o dal Prefetto nell'ipotesi in cui "vi siano fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche anche internazionali". Tale espulsione, infatti, potendo essere eseguita immediatamente, era nella sostanza priva di una vera e propria garanzia giurisdizionale. Oggi, fortunatamente l'esecuzione immediata è venuta meno e il destinatario del provvedimento può agire per una tutela giurisdizionale.

Alla stessa stregua, può essere considerato espressione di un diritto penale del nemico l'originario meccanismo del c.d. *listing*, il quale comportava l'automatico congelamento dei beni a prescindere da qualsiasi accertamento giudiziario nel momento in cui un soggetto veniva inserito all'interno della lista. Fortunatamente, però, a seguito di due sentenze della Grande Camera della Corte di Giustizia delle Comunità europee e della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è affermato che anche il diritto dell'ONU deve essere conforme ai principi di garanzia europei, dovendosi garantire un controllo giurisdizionale completo ed effettivo che possa condurre ad una richiesta di cancellazione del nominativo dalle liste oppure ad una deroga al congelamento dei beni.⁴

⁴ Corte di Giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione), 3 settembre 2008, Kadi e Al Barakaat c. Consiglio dell'UE, in *Cassazione penale*, 49 (2009), 1, pp. 389-400 con nota di A. Balsamo, G. De Amicis, "Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell'interpretazione della Corte di Giustizia", *Cassazione penale*, 49 (2009), 1, pp. 401-425; Corte EDU, sent. 12 settembre 2012, Nada c. Svizzera.



Più di recente nel nostro ordinamento sono state introdotte alcune fattispecie incriminatrici che si ispirano a una logica emergenziale, però del tutto inedita. Nello stretto arco temporale di poco più di un decennio (2005-2016), in attuazione di normative europee o internazionali, il legislatore ha previsto ben quattro nuove fattispecie: quella di arruolamento, introdotta nel 2005 e riformata nel 2015, che punisce la condotta dell'arruolatore e dell'arruolato (art. 270-*quater* c.p.); la fattispecie di addestramento, introdotta nel 2005 e riformata nel 2015, che punisce la condotta dell'addestratore e dell'istruttore, da un lato, e quella dell'addestrato, dell'istruito e dell'autoistruito, dall'altro lato (art. 270-*quinquies* c.p.); la fattispecie di organizzazione di trasferimenti, introdotta nel 2015 (art. 270-*quater*.1 c.p.), e la fattispecie di finanziamento, introdotta nel 2016 (art. 270-*quinquies*.1 c.p.).

Tutte queste fattispecie si caratterizzano per il fatto che i comportamenti devono essere realizzati, sul piano oggettivo, fuori dalla partecipazione a una associazione e, sul piano soggettivo, con la finalità di compiere condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies* c.p., vale a dire con la duplice finalità, strumentale, consistente nella realizzazione di una generica pluralità di reati (che nell'associazione consiste in un vero e proprio "programma criminoso"), e finale, consistente nella destabilizzazione del sistema politico-sociale.

Ebbene, a rigore queste fattispecie non sono riconducibili al paradigma emergenziale tradizionale, in quanto, da un lato, non sono fattispecie associative, poiché per espressa previsione legislativa devono essere realizzate da soggetti che non fanno parte di un'organizzazione; dall'altro lato, non puniscono nemmeno atti preparatori, in quanto manca l'esistenza di uno specifico proposito criminoso, vale a dire la volontà di realizzare un fatto di reato "storicamente" determinato, richiedendosi invece la finalità generica di compiere "condotte violente", vale a dire un'intenzione criminosa del tutto evanescente che non si concretizza in fatti storicamente determinati: con la conseguenza che queste fattispecie finiscono per incriminare atti preparatori della stessa fattispecie



associativa o di ulteriori atti preparatori come l'accordo a commettere un delitto, cioè condotte che alla fin fine possono consistere addirittura nell'esercizio di un diritto.⁵

3. Una breve “storia” degli strumenti di contrasto alla pirateria

Per quanto riguarda la “storia” degli strumenti a contrasto della pirateria, in sintesi estrema, si possono distinguere quattro fasi.⁶ Anzitutto, nel periodo che va dall'Impero romano fino alla formazione degli Stati moderni (XVII secolo), alla pirateria è stato applicato un paradigma nella sostanza simile a quello del nemico assoluto, in quanto il pirata non è stato considerato né un criminale, né un nemico bellico, ma, come notissimo, un “nemico del genere umano” al quale non si doveva riconoscere alcuna tutela. Così, per esempio, in epoca romana, i pirati sono divenuti una categoria di criminali degradati a nemici assoluti: come emergerebbe da una pluralità di fonti, la loro condotta veniva considerata contraria al diritto interno, ma i comportamenti non venivano trattati al pari di quelli dei comuni briganti, in quanto la loro condizione era di “nemici perpetui”, ai quali venivano applicati gli obblighi imposti dal diritto “bellico”, ma senza il beneficio dei diritti corrispondenti.

Con la formazione degli Stati moderni, e soprattutto con l'estensione del dominio degli Stati sui mari, il contrasto alla pirateria è stato sempre più ricondotto al paradigma del diritto penale. In particolare, se residuano “concezioni” che continuano a interpretare il fenomeno come una minaccia per la libertà dei commerci e dei mari (come minaccia per la sovranità), prospettando risposte di tipo bellico, tuttavia prevale l'idea che la pirateria sia un fenomeno da contrastare con il diritto interno.

⁵ Sul punto sia consentito rinviare a R. Bartoli, “Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale”, *Diritto penale contemporaneo*, 3 (2017), pp. 233-259, consultabile all'URL= https://www.penalecontemporaneo.it/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_3_2017.pdf#page=233.

⁶ Di recente, ampiamente sul tema v. F. Graziani, *Il contrasto alla pirateria marittima nel diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; G.M. Farnelli, *Contrasto e repressione della violenza marittima nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; E. Violante, *Terra contro mare. Reazioni giuridiche contro la pirateria*, Ariccia, Aracne, 2015; A. Policante, *The Pirate Mith. Genealogies of an Imperial Concept*, London-New York, Routledge, 2015; L. Marini, *Pirateria marittima e diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2016; M. Del Chicca, *La pirateria marittima: evoluzione di un crimine antico*, Torino, Giappichelli, 2017.



La definitiva “criminalizzazione” della pirateria avviene soprattutto nella seconda metà del secolo scorso, con la Convenzione di Ginevra sull’alto mare del 1958, richiamata integralmente dagli artt. 100-107 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 firmata a Montego Bay, che stabilisce i seguenti principi: la pirateria consiste in atti di violenza compiuti da soggetti privati contro altre navi e l’aggressione deve avvenire in alto mare o in altro luogo esterno alla giurisdizione di tutti gli Stati ed essere motivata da fini privati; inoltre si applica il principio della giurisdizione universale, vale a dire una deroga al principio secondo cui nelle acque internazionali le navi sono sottoposte all’esclusiva giurisdizione delle autorità di bandiera: ogni Stato ha quindi il potere di fermare e catturare una nave pirata, qualunque sia la nazionalità della nave e la cittadinanza dei pirati; infine si prevede che ad agire siano navi militari secondo un protocollo ben preciso, coperto da garanzie. D’altra parte, non si può fare a meno di osservare come la Convenzione di Montego Bay autorizzi anche l’impiego della forza, senza tuttavia specificare di che forza si tratti, se a carattere militare oppure “di polizia”, e secondo l’interpretazione “tradizionale” che viene offerta, si tratterebbe comunque di forza di polizia finalizzata allo svolgimento del procedimento penale nei confronti del pirata.

Negli ultimi tempi si è aperta una nuova fase di contrasto alla pirateria, in ragione del riemergere del fenomeno soprattutto nel mare territoriale e nelle acque al largo delle coste della Somalia, di uno Stato, cioè, che ha perso il controllo di gran parte del territorio a causa della guerra civile in corso.⁷ Questa fase è contraddistinta anzitutto dall’intervento del Consiglio di Sicurezza dell’ONU e dall’adozione di numerose risoluzioni che hanno autorizzato l’uso della forza fin nelle acque territoriali, determinando così un ritorno al paradigma della risposta militare e ponendosi il problema di capire se tale forza è stata autorizzata solo per estendere alle acque territoriali la giurisdizione universale oppure per legittimare proprio l’impiego della forza armata. Inoltre, in Italia è entrata in vigore la legge n. 130 del 2011, che ha previsto la possibilità di impiegare Nuclei militari di protezione imbarcati su navi

⁷ Vedi per tutti T. Treves, “Piracy and the International Law of the Sea”, in D. Guilfoyle (a cura di), *Modern Piracy. Legal Challenges and Responses*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. 117-146.



mercantili battenti bandiera italiana e che navighino in acque internazionali.⁸ In particolare, il personale militare dei Nuclei può utilizzare anche le armi per proteggere il naviglio mercantile, risultando il proprio comportamento scriminato ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 152/2009: ne consegue che non sono punibili i militari che, nell'ambito delle operazioni di contrasto alla pirateria, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimi impartiti, fanno uso ovvero ordinano di fare uso delle armi, della forza ovvero di un altro mezzo di coazione fisica per proteggere il naviglio mercantile. Infine, si pongono notevoli problemi in ordine alla qualificazione dello *status* di coloro che sono stati catturati, come anche il problema della competenza in ordine all'esercizio della giurisdizione, alla quale si tende a rinunciare.⁹

4. Due problematiche di fondo

Da questo breve *excursus* storico emerge in modo piuttosto chiaro come per contrastare il terrorismo e la pirateria siano stati impiegati non solo il diritto penale, ma addirittura paradigmi nuovi e diversi caratterizzati da una contaminazione con la prospettiva bellica.

In particolare, si possono distinguere tre strumenti: il diritto penale tradizionale, al quale tendono ad aggiungersi il diritto penale del nemico, nonché l'impiego della forza armata nei confronti di organizzazioni criminali. E se riguardo al terrorismo si è passati dal paradigma del diritto penale a quello nemicale, l'andamento del contrasto alla pirateria risulta – per così dire – rovesciato, per cui da una iniziale prospettiva di inimicizia assoluta si è passati a una criminalizzazione, per poi tornare a un paradigma che se da un lato implica l'impiego della forza armata dall'altro non esclude l'impiego di una giurisdizione che tuttavia si rende problematico.

⁸ In argomento cfr. M. Tondini, “Stato di diritto e lotta alla pirateria nelle acque somale”, *Diritto penale e processo*, 19 (2013), 2, pp. 230-245; B. Romano, “Cause di giustificazione e regole di ingaggio nell'attività di contrasto alla pirateria”, *Cassazione penale*, 53 (2013), 1, pp. 433-444.

⁹ Per un quadro del problema, vedi G. Bevilacqua, “Il problema della repressione del reato di pirateria marittima e il necessario bilanciamento tra le esigenze di esercizio effettivo della giurisdizione e di garanzia dei diritti individuali”, in *Il diritto marittimo*, 3 (2012), pp. 664-686; I.R. Pavone, “La giurisdizione penale sui pirati tra rispetto dei diritti umani ed esigenze di contrasto efficace alla pirateria moderna”, *Il diritto marittimo*, 4 (2013), pp. 721 ss.



Adesso si tratta di interrogarsi su due aspetti. Anzitutto, ci si deve chiedere quali siano le ragioni che nel contrasto al terrorismo e alla pirateria portano a questa nemicalizzazione del diritto penale. In secondo luogo, ci si deve chiedere se queste tendenze alla nemicalizzazione del diritto penale contro il terrorismo e la pirateria siano identiche oppure esprimano qualcosa di diverso.

4.1. Le ragioni della nemicalizzazione del diritto penale a contrasto del terrorismo e della pirateria

Per quanto riguarda le ragioni della nemicalizzazione, si deve osservare come terrorismo e pirateria siano fenomeni che presentano caratteri tra loro comuni e peculiari che li pongono – per così dire – a metà strada tra una prospettiva criminale e una prospettiva nemicale.

Questi, in estrema sintesi, i caratteri comuni. Anzitutto, si tratta di fenomeni associativi, vale a dire contraddistinti dalla componente organizzativa di mezzi e persone per finalità criminose. Quando si è in presenza di organizzazioni criminali non solo il disvalore del fatto si fa particolarmente offensivo proprio per la capacità dell'organizzazione di costituire un supporto alla commissione di ulteriori atti di violenza, ma lo Stato contro cui “combattono” tende a vedere in tali organizzazioni realtà che entrano in un conflitto così forte da poterne minare la stessa sovranità, soprattutto se vengono realizzate aggressioni per giunta gravi e ripetute.

In secondo luogo, questi fenomeni si caratterizzano per una deterritorializzazione. In quanto organizzazioni, esse non hanno un rapporto di dominio/sovranità rispetto a un territorio. L'organizzazione terroristica si frammenta in vari territori e in essi si articola anche in cellule costituite da pochi soggetti (oggi addirittura esiste la figura del terrorista c.d. individuale o isolato: il “lupo solitario”); l'organizzazione piratesca non solo “stanzia” in un luogo come il mare di per sé privo di dominabilità, ma modernamente si tratta di mare internazionale, vale a dire dell'unico spazio di nessuno ancora rimasto. E il fatto che il pirata compia i suoi crimini in mare non è una semplice ovvietà: è piuttosto un fatto che assiologicamente ridefinisce il fenomeno, lo qualifica e lo differenzia dalle altre forme di “banditismo sociale”.



Infine, terrorismo e pirateria si caratterizzano per la presenza di una prospettiva fortemente nemicale, nel senso che esprimono e sono portatori di una visione “altra” rispetto a quella di cui è portatore lo Stato che si “combatte”.

Ebbene, proprio in ragione di queste caratteristiche, terrorismo e pirateria si collocano – per così dire – a metà strada tra una prospettiva criminale, rispetto alla quale lo Stato tende a rispondere con lo strumento del diritto penale, e una prospettiva nemicale, rispetto alla quale lo Stato tende invece a rispondere con lo strumento della forza armata. Se, infatti, si valorizza il disvalore “oggettivo” del fenomeno, vale a dire la circostanza che si tratta di organizzazioni che non esercitano alcuna “sovranità” su determinati territori, emerge il carattere “criminale”; se invece si valorizza il disvalore “soggettivo” del fenomeno, vale a dire la circostanza che tali organizzazioni sono ispirate da una visione “altra” rispetto a quella dello Stato, emerge il carattere “nemicale”.

4.2. Analogie e differenze nei processi di nemicalizzazione del diritto penale a contrasto del terrorismo e della pirateria

Posto che la nemicalizzazione del diritto penale dipende dalla valorizzazione della prospettiva soggettiva “nemicale” che caratterizza questi fenomeni, la questione fondamentale da affrontare è la seguente: terrorista e pirata esprimono un’identica prospettiva nemicale?

A questa domanda, si tende a rispondere in termini negativi, osservando addirittura che mentre il terrorista ha una prospettiva politico-nemicale, il pirata, invece, ne è totalmente privo in quanto agirebbe per finalità “private”, con *animus furandi*.

A me pare che le cose stiano in termini molto più complessi. Il terrorismo si muove senza dubbio in una prospettiva nemicale che definirei di tipo politico-valoriale. La dimensione politica attiene al suo rapporto con la sovranità; la dimensione valoriale esprime una visione di “governo” della sovranità alternativa. Detto in altri termini, il terrorista combatte contro uno Stato che ha una certa sovranità su un territorio, per “appropriarsi” della sovranità su quel territorio e per costituire uno Stato basato su una visione valoriale alternativa. In buona sostanza, il terrorismo non solo presuppone l’idea



di sovranità e di Stato, ma è lotta per la sovranità su un territorio, per il dominio e il governo di uno spazio chiuso.

Aprendo una piccola parentesi, si può osservare come simile al terrorista, ancorché figura – per così dire – rovesciata, sia quella del “partigiano”, potendo essere entrambe queste figure considerate nella sostanza due facce della stessa medaglia, vale a dire due realtà qualitativamente identiche, ma che agiscono in contesti diversi e proprio in virtù di questi contesti diversi subiscono trattamenti speculari. Il terrorista, infatti, agisce in tempo di pace: egli non ha un dominio sul territorio perché non lo ha mai avuto; il suo comportamento quindi esprime necessariamente un disvalore rispetto allo Stato contro il quale “combatte”, ma lo Stato tuttavia tende a vedere in lui un nemico in virtù della conflittualità valoriale e da qui la tendenza a nemicalizzare il diritto penale. Il partigiano, invece, agisce in un contesto di conflitto armato: egli non ha un dominio sul territorio perché nella sostanza gli è stato sottratto dallo Stato contro cui combatte e quindi il suo comportamento di “resistenza” non esprime alcun disvalore trattandosi di un nemico, ma lo Stato nemico tende tuttavia a vedere in lui un criminale in quanto non ha più un dominio sul territorio e da qui la tendenza a criminalizzare il diritto dei conflitti armati: qui il problema riguarda la legittimità del combattente alla luce dell’endiadi regolare/irregolare. Con la conseguenza che gli strumenti di contrasto subiscono “perversioni rovesciate”. Il terrorismo, essendo fenomeno criminale, porta a una sovversione che consiste nella “nemicalizzazione” del criminale fino alla figura del nemico assoluto. Si potrebbe dire che il terrorista è figura che “nasce” delegittimata, rispetto alla quale la tendenza degli Stati è a compiere una delegittimazione totale. La lotta partigiana, invece, essendo fenomeno dei conflitti armati, determina una sovversione che consiste in una “criminalizzazione” del nemico, potendosi arrivare anche in questo caso alla figura del nemico assoluto (o meglio, del criminale assoluto). Si potrebbe dire che si tratta di figura che “nasce” legittima, rispetto alla quale la tendenza degli Stati è a compiere una delegittimazione discriminatoria che impedisce al partigiano di “difendersi” in quanto gli viene negata la sua stessa legittimità.



Chiusa questa la parentesi, molto più complesso il discorso per la pirateria¹⁰. E' evidente che se la pirateria viene interpretata avendo come punto di riferimento determinati periodi storici, essa non può che essere concepita come fenomeno "non politico", in quanto i privati realizzano attacchi che hanno come obiettivo principale la finalità privata di lucro. Tuttavia, se la pirateria viene osservata con uno sguardo più lungo che si estende oltre determinati periodi storici, essa si "colora" inevitabilmente di aspetti nemicali e politici, in quanto anche la pirateria è fenomeno che pone problemi e questioni di sovranità. A ben vedere, infatti, la pirateria contesta sempre una sovranità, ma non in termini necessariamente valoriali, ma in termini – per così dire – spaziali. Lo scontro è tra uno Stato che esercita una sovranità e un dominio su un determinato territorio e chi si muove all'interno di spazi liberi dove lo Stato non è in grado di esercitare il proprio dominio.

Non solo, ma la pirateria è fenomeno che può assumere ed ha assunto addirittura anche caratteri valoriali del tutto particolari e molto diversi da quelli del terrorismo. Potremmo dire che più la pirateria ha operato in spazi liberi dallo "Stato" più è stata considerata espressiva anche di valori altri. Quando lo stesso concetto di sovranità non si era ancora del tutto affermato o comunque ci si trovava a che fare con domini territoriali deboli, la pirateria ha finito per esprimere anche un'alterità valoriale in quanto rappresentava nella sostanza una visione non riconducibile a un ordine. Proprio l'assoluta deterritorializzazione ne faceva un qualcosa di tutt'altro anche nella prospettiva valoriale. In sostanza, la pirateria può diventare valoriale nel momento in cui, in assenza di dominio territoriale, finisce per essere considerata non portatrice di alcun valore o comunque annientatrice di valori di civiltà. Una volta che la sovranità si è affermata, questo profilo di alterità si è attenuato e quindi la pirateria ha perso questi connotati "valoriali" per esprimere una contestazione della sovranità in quanto tale. In questa prospettiva la pirateria finisce quindi per sfidare la sovranità ad un livello per così dire implicito, o meglio ancora spaziale.

¹⁰ Spunti fondamentali di riflessione in tal senso in F. Ruschi, "Communis Hostis Omnium. La pirateria in Carl Schmitt", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, 2009, t. II, 1215-1276; Id., "Gli irregolari: pirateria e 'Kleinkrieg' in Carl Schmitt", in A. Colombo (a cura di), *Crisi della legittimità e ordine internazionale. Lo scontro sui principi costitutivi della società internazionale*, Milano, Guerini, 2012, 133-154.



Aprendo una piccola parentesi anche rispetto alla pirateria, si può osservare come fenomeno simile alla pirateria operante in spazi liberi sia stato il banditismo. Se da un lato è vero che il banditismo è fenomeno di terra, è anche vero che prima della formazione degli Stati moderni e della loro sovranità territoriale tutto ciò che stava fuori dal ridotto dominio territoriale finiva per essere terra franca e libera assimilabile al mare.

Se così stanno le cose, allora il processo di nemicalizzazione del diritto penale risulta diverso a seconda che si tratti di terrorismo o di pirateria. Posto che la nemicalizzazione si ha con l'acuirsi del conflitto, tuttavia il conflitto si acuisce per ragioni diverse. Sviluppandosi in un territorio dove c'è sovranità e per contendere la sovranità, nel terrorismo l'acuirsi del conflitto dipende sempre dal livello di alternatività valoriale: in presenza di alternatività bassa, il conflitto è meno acuto e quindi la prospettiva tende a farsi criminale; in presenza di alternatività valoriale elevata, il conflitto si fa più acuto e quindi la prospettiva si colora di caratteri della nemicalità.

Nella pirateria l'acuirsi del conflitto dipende invece alla fin fine dalla forza dello Stato, dalla sua sovranità, dal suo dominio/controllo sul territorio, per cui più uno Stato è forte, meno il conflitto è acuto e più la prospettiva si fa criminale; più lo Stato è debole, più il conflitto diviene acuto, e quindi la prospettiva si fa più nemicale.

Se noi torniamo per un attimo alla "storia" degli strumenti di contrasto, è piuttosto agevole constatare come rispetto al terrorismo il passaggio dalla prospettiva criminale a quella nemicale si sia avuto soprattutto con la trasformazione del terrorismo da interno a internazionale, in quanto se nel terrorismo interno c'è una conflittualità valoriale che tuttavia si gioca in un contesto di "civiltà" condiviso, nel terrorismo internazionale la conflittualità è tale da assumere le forme addirittura di uno scontro di civiltà.

Parimenti, ancorché in termini rovesciati, rispetto alla pirateria il passaggio dalla prospettiva nemicale a quella criminale si è avuto con il formarsi degli Stati moderni e l'odierno ritorno della pirateria che ha portato a una nuova nemicalizzazione del diritto penale si è avuto là dove alcuni Stati hanno perduto la propria forza.

Ancora più a fondo si può osservare come modernamente, in presenza cioè di Stati forti o comunque di un contesto internazionale che vede la presenza di Stati forti,



mentre nel contrasto al terrorismo la nemicalizzazione del diritto penale tende a farsi assoluta, in quanto lo scopo dello Stato di affermare la propria sovranità valoriale può essere raggiunto soltanto se il “nemico valoriale” viene sconfitto, al contrario nel contrasto alla pirateria la nemicalizzazione del diritto penale si presenta più attenuata, in quanto lo scopo dello Stato di affermare la propria sovranità si raggiunge attraverso l’estensione della sovranità allo spazio libero in cui opera il pirata, e quindi nel momento in cui il “nemico” è ricondotto all’interno della logica della sovranità. Con una differenza finale rilevantissima proprio riguardo agli strumenti di contrasto: nel terrorismo, dovendosi affermare la sovranità politico-valoriale, il diritto penale si fa talmente nemicale da perdere i suoi connotati giuridici, *in primis* la garanzia della giurisdizione; nel contrasto alla pirateria, invece, l’affermazione della sovranità dello Stato passa attraverso l’estensione della giurisdizione sulla pirateria, giurisdizione che costituisce un limite al potere punitivo. In sostanza, l’impiego della forza armata nei confronti del pirata è volta soprattutto a fronteggiare gli strumenti “armati” di cui i pirati moderni sono dotati, a risolvere cioè un problema – per così dire – di fatto, ma una volta raggiunto l’obiettivo di catturare il pirata, la logica diviene “giuridico-giurisdizionale”, anche perché la circostanza che si sia “attaccata” una nave del proprio Stato, risulta essere per certi aspetti casuale, in quanto l’attacco non è connotato da obiettivi politico-valoriali “nemicali”. L’impiego della forza armata o comunque la logica nemicale nei confronti del terrorista è volta invece a neutralizzarlo perché si tratta di nemico che si considera capace di tornare a colpire, come dimostrano le detenzioni illimitate, volte a impedire che “il nemico” torni a combattere.

5. Verso un’ultima frontiera della nemicalizzazione del diritto penale: terrorismo e pirateria come “modalità” offensive

Un’ultima considerazione. Sempre di più ci si chiede se il terrorista internazionale non sia una figura assimilabile a quella del pirata e se il “nuovo” pirata in realtà non sia una sorta di terrorista internazionale. A me pare evidente che si tratti di fenomeni molto diversi tra di loro. Tuttavia, proprio per quello che ci siamo detti, vi possono essere dei punti di contatto.



In particolare, se si adotta come punto di riferimento la pirateria dell'antichità, non c'è dubbio che il terrorista internazionale è stato trattato come è stato trattato il pirata nell'antichità, e cioè come un nemico assoluto. Non solo, ma come abbiamo visto, finiscono anche per essere per certi aspetti simili in quanto alla fine portano avanti una conflittualità politico-valoriale, pur essendo decisamente diversa sul piano qualitativo: il terrorista internazionale porta avanti valori che appartengono ad un'altra civiltà; il pirata antico esprime una avvalorialità che alla fine lo rende valoriale in quanto per l'appunto non portatore di alcun valore o comunque annientatore di qualsiasi valore.

E il pirata moderno è assimilabile al terrorista? A me pare di no, tuttavia, vi sono segnali concreti di questa assimilazione che si comprende alla luce del fatto che in realtà sta cambiando lo stesso concetto di terrorismo. Più precisamente, secondo le ultimissime riflessioni maturate in ambito applicativo, il terrorismo soprattutto internazionale non si caratterizzerebbe tanto per l'uso della violenza per finalità politiche, ma piuttosto come una modalità di esercizio della violenza, contraddistinta dal fatto che attraverso la violenza si sparge terrore nella popolazione colpendo vittime indeterminate per qualità e quantità¹¹. Ebbene, se le cose vengono concepite in questi termini, se sono le modalità cruente a caratterizzare il terrorismo, o comunque l'assenza di un concreto progetto politico che ne evidenzia la vocazione nichilistica, emerge come anche la pirateria, in quanto attività criminale caratterizzata da una certa cruentezza e strumentalizzazione delle vittime, finisca per poter essere considerata terrorismo.

Ma se così stanno le cose si assiste a un fenomeno davvero particolare così sintetizzabile: lo stesso terrorista moderno e quindi anche il moderno pirata, vengono letti in chiave di antico pirata dissolutore di qualsiasi regola, per cui essi finiscono per esprimere la totale negazione di qualsiasi valore: pirata antico, terrorista internazionale e pirata moderno divengono portatori di disumanità in quanto il fatto che realizzano è fine a se stesso, svincolato da scopi, espressione di un male gratuito, per l'appunto disumano e frutto di una prospettiva nichilista. Ma un "disvalore da disumanità" nichilistico risulta

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 2013-20 novembre 2013, Stefani, in *CED Cass.*, n. 46340/2013. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2012-2 aprile 2012, Bortolato, *ivi*, n. 12252/2012, valorizzando il terrore in termini più finalistici che di modalità; Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2015-11 agosto 2015, G.N., *ivi*, n. 34782/2015



potenzialmente rintracciabile in qualsiasi comportamento “cruento” destinato a suscitare paura nella popolazione: che si tratti di una nuova forma di nemicalizzazione del diritto penale suscettibile di essere estesa a qualsiasi reato?

Roberto Bartoli

Università degli Studi di Firenze

roberto.bartoli@unifi.it