

C J N

# Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



*Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale. Sicurezza informatica, strumenti di repressione e tecniche di prevenzione*

IX Corso di formazione interdottorale di Diritto e Procedura penale 'Giuliano Vassalli' per dottorandi e dottori di ricerca

(AIDP Gruppo Italiano, Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights – Siracusa, 29 novembre - 1° dicembre 2018)

ISSN 2240-7618

2/2019

#### EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

#### EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò  
*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt

Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

#### MANAGING EDITOR

Carlo Bray

#### EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trincherà, Stefano Zirulia

#### EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Committee on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

# La partita del diritto penale nell'epoca dei "drone-crimes"

## *El partido del derecho penal en la era de los "delitos de dron"*

## *The Criminal Law Match in the Era Of "Drone-Crimes"*

CARLA CUCCO

Dottoranda di ricerca in cotutela presso l'Università degli Studi di Palermo, corso in "Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti"  
e presso la Universitat de València (Spagna), corso in "Sostenibilidad y paz en la era posglobal".  
carla.cucco@unipa.it

TERRORISMO

TERRORISMO

TERRORISM

### ABSTRACTS

Quale spazio riconoscere alla giurisdizione e al diritto penale italiano nei casi di omicidi mirati a mezzo drone e di *collateral damages* verificatisi nell'ambito della *Global War on Terror*, ad opera degli Stati Uniti d'America in Stati terzi? Alla luce del sempre più frequente impiego dei droni armati come armi altamente tecnologiche e spersonalizzanti nella lotta al terrorismo, si proverà a verificare se e come il diritto penale possa (e debba) muoversi tra le macerie dei *drone strike*: partendo da considerazioni in ordine alla natura del drone e al suo "proficuo" impiego nel contesto sovranazionale, si verificheranno quali sono gli spazi della giurisdizione italiana in materia, specie alla luce del crescente avvalimento di Sigonella come base di decollo dei droni statunitensi e del ruolo della conseguente "segreta" cooperazione italiana nella "lotta al terrore". Successivamente si analizzeranno il segreto di stato e il diniego di ostensione delle *policies* operative, quali vecchi e nuovi ostacoli alla formulazione delle imputazioni e all'accertamento delle responsabilità. Infine, si cercherà di fornire alcune chiavi di lettura dei modi di atteggiarsi del diritto penale, nelle sue dimensioni di anti-giuridicità e colpevolezza, rispetto alle possibili (ove individuabili) soggettività coinvolte nella singola operazione di *targeted killing*.

¿Qué margen de maniobra debe darse a la jurisdicción y al derecho penal italianos en los casos de asesinatos selectivos con aviones teledirigidos y de daños colaterales ocurridos en el marco de la Lucha Global contra el Terrorismo, por parte de los Estados Unidos de América en terceros países? A la luz del uso cada vez más frecuente de drones armados como armas altamente tecnológicas y despersonalizadoras en la lucha contra el terrorismo, trataremos de comprobar si y de qué manera el derecho penal puede (y debe) moverse entre los "detritos" de los ataques de estos aviones no pilotados: a partir de consideraciones sobre la naturaleza del dron y su empleo "útil" en el contexto supranacional, se analizarán los ámbitos de la jurisdicción italiana en la materia, especialmente a la luz del creciente uso de Sigonella como base para el despegue de los aviones teledirigidos americanos y el papel de la consiguiente cooperación italiana "secreta" en la "lucha contra el terror". Luego, se analizarán el secreto de Estado y la reticencia a mostrar las políticas operativas de los drones, como viejos y nuevos obstáculos para la formulación de las imputaciones y la determinación de las responsabilidades. Por fin, trataremos de proporcionar algunas claves para la interpretación de las formas de hacer del derecho penal, en sus dimensiones de anti-juridicidad y de culpabilidad, con respecto a las posibles (cuando sean identificables) subjetividades involucradas en cada operación de asesinato selectivo.

What space should be given to Italian jurisdiction and criminal law in cases of targeted killings via drones and collateral damages occurring within the framework of the so-called Global War on Terror, waged by the

US in third countries? In the light of the ever more frequent use of armed drones as highly technological and depersonalizing weapons in the fight against terrorism, I will try to verify whether and how criminal law can walk throughout the rubble of drone strikes: after some brief remarks about the drone's nature and its "profitable" employment in the supranational context, the existence of Italian jurisdiction with respect to drone strikes will be discussed, especially in the light of the growing use of Sigonella as a stationing and operating base for US drones and of Italy's "secret" cooperation in the "fight against terror". Subsequently, issues relating to the so-called "secret of State" and the authorities' refusal to disclose operative policies will be tackled, such as both old and new obstacles to the formulation of the imputations and to the individuation of the responsibilities. Finally, will be trying to providing readers with conceptual keys to understand how criminal-law categories – such as justifications and culpability, as well as the proper identification of the authors of the crimes arising from a particular targeted killing – can adapt to such new reality.

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. AI e droni: spersonalizzazione e crisi delle categorie giuridiche classiche. – 3. Le implicazioni dei *drone strike* nella *Global War on Terror*. – 4. Possibili spazi di manovra della giurisdizione penale italiana. – 5. Limiti e difficoltà di accertamento delle responsabilità penali individuali. – 5.1. Segreti di Stato “interni” ed “esterni”. – 5.2. Assunti di fondo per la formulazione dell’imputazione. – 5.3. Responsabilità penali della catena di comando: brevi rilievi. – 6. Conclusioni.

## 1.

## Introduzione.

Se un treno fuori controllo si stesse per dirigere contro cinque uomini legati sulle rotaie, “l’uomo a terra”, che ha a disposizione una leva per deviare il treno su un altro binario, la azionerebbe se ciò avesse come effetto quello di uccidere l’unico uomo legato a tale secondo binario? E “l’uomo magro” sul ponte, spingerebbe giù “l’uomo grasso”, se il sacrificio di questi fosse l’unica strada possibile per evitare che un altro treno fuori controllo investa i cinque uomini legati sulle rotaie?

Il dilemma giusfilosofico del *trolley problem* (noto anche come *footbridge*) elaborato già nel 1967 da Philippa Foot<sup>1</sup> nelle due versioni innanzi citate e poi approfondito negli anni successivi<sup>2</sup>, costituisce il sostrato del controverso dibattito, attuale ed estremamente complesso, sull’ammissibilità dei *collateral damages* di *targeted killings* commessi a mezzo drone, oggi particolarmente rilevanti quali strumenti della *Global War On Terror* di matrice statunitense. In questa complessa materia il ricorso al diritto penale e l’impiego degli istituti classici che lo costituiscono, si intrecciano con valutazioni etiche e questioni internazionalistiche di uso legittimo delle nuove tecnologie nella lotta al terrorismo, di implicazioni lecite o illecite dell’impiego di armi che annientano il pericolo per l’agente, di tutela del diritto alla verità delle vittime: perché, per dirla con Greene, i droni “fail to push (our) emotional button(s)”<sup>3</sup>, aprendo alla realizzazione di condotte impersonali, distaccate, frutto di scelte puramente cognitivo-utilitaristiche che scardinano il classico approccio personalistico del diritto penale alle fattispecie delittuose.

In metafora, la scelta di azionare la leva, nella prima versione, o di spingere “l’uomo grasso”, nella seconda, potrebbe essere intesa come opzione politica dalle cause profonde e profondamente legate al contesto socio-normativo, oltre che dalle ricadute significative in tema di giustificazione delle politiche antiterrorismo nazionali e sovranazionali rispetto ai principi cardine dei sistemi costituzionale e convenzionale dei diritti, e di affermazione delle responsabilità internazionali degli Stati e penali dei singoli. Dilemma che, ad esempio, costituisce l’essenza di una pronuncia del 2005 del Tribunale costituzionale federale tedesco<sup>4</sup>, con la quale si dichiarava l’illegittimità della legge federale nazionale sulla sicurezza aerea nella parte in cui legittimava ed autorizzava il Ministro della difesa tedesco ad ordinare all’aeronautica militare l’abbattimento di un aereo civile, in caso di necessità, ove vi fosse stato il sospetto del suo impiego “contro la vita di esseri umani” (art. 14, co. 3, del *Luftverkehrsengesetz* dell’11 gennaio 2005). Il *Bundesverfassungsgericht* si intromette nella scelta adottata dal legislatore tedesco nella direzione (positiva) di “azionare la leva” e di “buttare l’uomo grasso”, opponendo a questa i limiti invalicabili del diritto alla vita e dell’intangibilità della dignità dell’uomo. La generica autorizzazione ad abbattere aerei civili, trasportanti equipaggio e passeggeri innocenti, nel caso in cui essi siano dirottati da presunti terroristi per colpire obiettivi civili o militari, farebbe oscillare il pendolo del dilemma a danno dei “pochi”, soppesati come “costo sopportabile” per evitare la morte dei “molti”, svuotando i primi della loro natura di uomini liberi e rendendoli oggetti nelle mani dei più “forti” (indifferentemente terroristi e/o Stati).

L’opzione del legislatore tedesco nel senso dell’ammissibilità dell’evento morte delle vittime collaterali, ove la gravità della minaccia rappresentata dal velivolo compensi, in termini di proporzionalità, la scelta di azione militare, costituisce una giustificazione normativa *ex ante* delle scelte amministrative compiute *case by case* per scopi di lotta al terrorismo e di protezione della sicurezza interna.

<sup>1</sup> FOOT (1967), pp. 5-15, disponibile al seguente link: [Philpapers.org](http://Philpapers.org).

<sup>2</sup> THOMSON (1985), pp. 1395-1415, disponibile su [Jstor.org](http://Jstor.org); GREENE (2007), pp. 35-80, a questa [pagina](#).

<sup>3</sup> GREENE (2007), pp. 43 e 76.

<sup>4</sup> BVerfG - 1 BvR 357/05, per cui si veda SCILIANO (2008), pp. 173-176.

Ma la prospettiva assunta dalla Corte risulta altresì rilevante in questa sede per le argomentazioni addotte: la stessa, lungi dal contestare la scelta legislativa sul piano della *ratio* di lotta al terrorismo e dal compiere valutazioni circa la pericolosità del suddetto fenomeno sul piano interno ed internazionale, si concentra sull'incompatibilità costituzionale della soluzione legislativa proposta con il principio della dignità dell'uomo e con il diritto alla vita genericamente garantito. La posizione della Corte, che si muove nel senso della preminenza della tutela dei diritti delle vittime dell'attacco sulle esigenze di sicurezza nazionale, pare giustificata dalla circostanza che la scelta normativa adottata non risultasse "emergenziale" in quanto compendiata in un atto normativo destinato a stabilizzarsi ed a "normalizzarsi"<sup>5</sup>. Un problema di bilanciamento di non agevole soluzione e che attraversa, del vero, l'intera legislazione antiterrorismo di molti Stati liberali.

Come detto, la Corte nelle sue argomentazioni non presta sufficiente attenzione alla finalità della normativa dichiarata illegittima; la quale, invece, risulta di centrale rilevanza, poiché in essa emerge la *voluntas* legislativa di evitare che il diritto penale possa essere chiamato in causa per conoscere della responsabilità di chi, all'apice o alla base della gerarchia militare, dia l'ordine di attacco o lo sferri. Intervenire a monte è funzionale ad eludere le difficoltà estreme di un accertamento penale che, difficile in ordine alle valutazioni delle autorità militari nazionali, risulta quasi impossibile ove si discuta di scelte compiute da organi militari o, vieppiù, da servizi di *intelligence* stranieri.

E tanto appare ancora più complesso ove si discuta di omicidi mirati a mezzo drone e dei relativi *collateral damages*, alla luce della natura altamente tecnologica di tali nuove armi, della spersonalizzazione di cui si fanno portatrici e delle peculiarità insite nel loro impiego, con ricadute di ovvia rilevanza nella prospettiva dell'apertura di un processo penale che veda al banco degli imputati oggetti semi-autonomi, i cui "gestori" restino nell'ombra. Ed ecco che qui "l'uomo a terra" e "l'uomo magro" diventano protagonisti assoluti e paradossalmente dotati di libero arbitrio: la scelta di tirare la leva o di spingere "l'uomo grasso" si fa consapevole, ponderata, addirittura frutto di una strategia antiterrorismo specifica, in cui si anticipa l'arrivo di un possibile treno fuori controllo. Il *trolley problem* si tende fino all'estremo, quasi alla rottura, e di esso si pone in luce un aspetto innovativo, legato all'ammissibilità della consapevole scelta di "uccidere uno per salvarne cinque" che si fonda sull'ipotetico, futuro, possibile "treno del terrorismo" non ancora minaccioso in concreto.

## 2.

### **AI e droni: spersonalizzazione e crisi delle categorie giuridiche classiche.**

Il paradigma penalistico classico del reo come agente-persona fisica pare oggi in crisi: il progresso tecnologico agevola la commissione dei crimini e rinsalda le aspirazioni di non punibilità dei loro autori, rendendo più difficile la concreta dimostrazione della loro riconducibilità a persone fisiche determinate. La veridicità dell'assunto si coglie in modo lampante con riguardo all'impiego di intelligenze artificiali, in cui l'apporto umano è compresso al punto, in alcuni casi, da scomparire. Ed è parimenti comprensibile anche rispetto all'uso dei droni, che pur afferendo alla categoria suddetta, rispetto alle *Artificial Intelligence (AI)* "pure", non annullano *in toto* la cooperazione umana alla loro attivazione, al controllo e alla gestione: in questi casi la spersonalizzazione passa invece attraverso la mancata ostensione di documenti, dati relativi alle operazioni a mezzo drone, attribuzione di incarichi. Si intende sostenere, cioè, che sebbene la separazione tra uomo e macchina nel drone non sia netta, la stessa diventa tale in via "burocratica", nella misura in cui in spregio al principio di trasparenza e a quello di collaborazione tra gli organi giurisdizionali si occultano le informazioni utili sia ai cittadini, per conoscere i diretti responsabili di condotte lesive di propri interessi o diritti, sia agli organismi investigativi e alle Corti, per lo svolgimento di attività di indagine e l'incardinazione di

<sup>5</sup> In questi termini BIN (2007), pp. 39-54, secondo cui: "L'ordinamento ha spesso cercato di inglobare nella "regola" l'eccezione: la teoria della necessità come fonte suprema dell'ordinamento, l'"invenzione" della decretazione d'urgenza, la stessa disciplina dello stato d'assedio ne sono la riprova" (p. 41); e ancora "l'emergenza causata dal pericolo esterno giustifica misure restrittive dei diritti che poi vengono applicate nella gestione "ordinaria" di vicende interne" (p. 44); DE VERGOTTINI (2004), pp. 1185-1211. Si può qui osservare che la Corte Costituzionale italiana in una sua risalente pronuncia (C. cost., sent. n. 15/1982) aveva affermato la competenza statale ("non solo il diritto e il potere ma anche il preciso e indeclinabile dovere") all'adozione di una normazione dell'emergenza, chiarendo però che l'ingiustificata protrazione nel tempo delle stesse misure ne avrebbe fatta venir meno la legittimità.

processi penali<sup>6</sup>.

Le *AI* sono delle macchine dotate di intelligenza autonoma, che riproducono le caratteristiche umane e che prescindono dalla coscienza ai fini del loro funzionamento, operando in sostanza come *decision makers*<sup>7</sup>; la totale spersonalizzazione della macchina pone problemi, a monte, di attualità delle categorie penalistiche e, a valle, di ascrizione delle responsabilità, in particolare sotto il profilo dell'imputabilità e del riconoscimento degli elementi soggettivi di dolo e colpa e dei profili a questi ultimi inerenti della volizione e prevedibilità degli effetti lesivi. Del resto il problema della responsabilità, già complesso nel caso in cui il reato sia riconducibile ad intelligenze artificiali impiegate nella quotidianità delle moderne società tecnologiche, presenta ulteriori profili di criticità quando gli illeciti vengano commessi in contesti di guerra e della macchina-soldato si faccia un uso in via sostitutiva o alternativa ai militari "in carne ed ossa"<sup>8</sup>, poiché capaci di incidere positivamente sul decorso della guerra in due modi: limitando l'esposizione fisica dei soldati al pericolo, e determinando in essi una maggiore inclinazione ad uccidere innocenti (o comunque meri sospetti nemici o terroristi) senza essere esposti ad alcun rischio di incriminazione.

La stessa Unione Europea ha acquisito piena consapevolezza degli effetti dannosi dell'uso indiscriminato di intelligenze artificiali autonome: in tal senso il Parlamento Europeo con una risoluzione del 2017<sup>9</sup>, nonostante affronti il tema sul versante della responsabilità civile, effettua delle considerazioni di più ampio respiro, capaci di incidere anche in una prospettiva penalmente rilevante. Evidenzia infatti l'esistenza di una relazione di proporzionalità decrescente tra l'uso di intelligenze sempre più "inumane" e la sufficienza delle tradizionali regole in materia di responsabilità per condotte imputabili ai *robot*. Tanto sulla scorta della carenza di uno *status* giuridico che li comprenda (non sono persone, né enti, né altri soggetti di diritto): di talché centrale appare per il Parlamento la necessità di delineare a livello eurounitario una nuova categoria di genere "con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie" (cfr. considerando AC), "[...] di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi" (Art. 59 lett. f).

Parzialmente diversa, ma non meno discussa, è la questione della responsabilità per fatto derivante da utilizzo di droni, in particolare ove gli stessi vengano impiegati come armi idonee a cagionare eventi lesivi penalmente rilevanti<sup>10</sup>: rispetto alle altre forme di *AI*, ancorché i droni siano suscettibili di annullare la vicinanza (fisica e psichica) tra autore dell'attacco e la vittima, non assumono pienamente la fisionomia di *decision makers*. La differenza non ha ricadute esclusivamente sostanzialistiche, in termini descrittivi e delineativi del sistema penale moderno e dell'attualità delle sue categorie (tra tutte, nel caso di specie, quelle dell'imputabilità e della colpevolezza), ma altresì sotto il profilo processuale del riconoscimento e dell'imputazione soggettiva di eventuali responsabilità (civili e penali).

Con riguardo al particolare settore dell'impiego dei droni armati come armi della *Global War on Terror*, in via teorica e ad un primo sguardo parrebbe agevole sostenere che la responsa-

<sup>6</sup> Si potrebbe cioè ritenere che la *disclosure* non sia utile solo per scopi investigativi, ma anche per garantire un dialogo sociale produttivo sul tema, che possa influenzare l'impiego di tali strumenti e la scelta di assistenza a Stati che ne facciano uso: ad esempio, il Rapporto di ricerca IRIAD (2017) (chiarisce che "Le inchieste demoscopiche mostrano posizioni ampiamente critiche nei confronti della strategia americana. Le rilevazioni del Pew Research Center, infatti, mettono in luce una diffusa contrarietà all'impiego dei droni armati statunitensi per colpire presunti terroristi in aree di crisi. Si evidenzia, nel complesso, che ben 17 Paesi sui 20 analizzati nel 2012 e addirittura 39 sui 44 analizzati nel 2014 sono nettamente contrari" (p. 109): si tratta invero di un dato relativo alla comunità internazionale che non tiene conto del diffuso sostegno che invece la campagna di *drone strike* statunitense trae dal consenso dei cittadini americani).

<sup>7</sup> HALLEVY (2010), pp. 171-201. Si fa qui riferimento agli arti bionici e ai *cyborg*, il cui sviluppo risolve in svariati campi del sapere numerosi problemi (basti pensare proprio all'uso degli arti bionici per garantire il recupero completo e un normale stile di vita a chi abbia perduto quelli naturali, o l'impiego di macchine autonome e non controllate per la produzione, idonee a snellire le tempistiche dei processi e a ridurre i rischi alla sicurezza di persone e cose, o ancora l'impiego ormai diffuso di *robot* da cucina), benché altrettanti ne pone sul terreno del diritto penale. Tema in ogni caso eccentrico rispetto a quello qui affrontato delle armi autonome e che come tale non potrà essere approfondito.

<sup>8</sup> Si pensi all'uso militare dei cd. *robot killer SGR-A1*, impiegati per scopo difensivo dei confini dalla Corea del Sud e rispetto ai quali è discussa la completa autonomia decisionale (secondo il modello dello *HOLT-Human on the loop*) che, se confermata, contrasterebbe con le posizioni contrarie all'*HOTL* assunte in sede internazionale da organismi istituzionali (nella specie, quelle del *Committee on International Security and Arms Control* e della Corte Penale Internazionale) e *watch dogs* a tutela dei diritti umani (come lo *Human Rights Watch*): cfr. PIKE (2011); VELEZ-GREEN (2015); WEINBERGER (2014).

<sup>9</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), disponibile all'indirizzo dell'[Europarlamento](#). Per una analisi della Risoluzione si veda BERTO (2017).

<sup>10</sup> MELONI (2017), pp. 145-148.

bilità sia senz'altro da addebitare astrattamente al soggetto responsabile dell'attacco che abbia prodotto effetti lesivi "fuori *target*". Ma la teoria non coincide con la realtà, molto più complessa e fumosa, dalla quale sorgono tre ulteriori quesiti connessi: (i) chi è, nella catena di comando della singola operazione di attacco antiterrorismo tramite drone, il soggetto cui la responsabilità va ascritta?; (ii) Che differenza sussiste, ai fini del corretto incardinarsi del processo penale e della chiara formulazione dell'imputazione, tra (ii.1) il caso in cui la responsabilità attenga a casi di *drone strike* in cui la morte delle vittime collaterali sia frutto di un "errore" della macchina (salvo non lo si ritenga un errore di programmazione comunque riconducibile all'uomo, e anche in tale caso il problema resta identico: chi è questo "uomo"? e (ii.2) il caso in cui le vittime non designate siano attinte sì in via collaterale ma quali conseguenze di un attacco "ben" sferrato sul *target*?; (iii) È possibile riconoscere sussistente una responsabilità (e in capo a quali soggetti) anche rispetto agli illeciti commessi ai danni degli stessi *target* terroristici?

Sebbene non si pretenda in questa sede di dare risposte univoche e assolute ai citati quesiti e agli altri che via via emergeranno nel prosieguo (peraltro, nella piena consapevolezza delle notevoli sfaccettature del tema che richiederebbe lo sforzo congiunto dei giuristi di ogni settore del diritto), si tenterà di fornire degli spunti di riflessione sulle ricadute nel settore penale dell'uso dei droni armati in chiave di *counterterrorism*, specie prevedendosi (senza tuttavia auspicarlo) un loro uso sempre più frequente ed indiscriminato.

### 3. Le implicazioni dei *drone strike* nella *Global War on Terror*.

La particolare natura del drone armato ed il suo caratteristico funzionamento giustificano il larghissimo uso che di esso si è fatto sia in ambito civile sia, in particolare per ciò che attiene all'analisi che in questa sede si intende compiere, in ambito militare e come strumento di *counterterrorism* ad opera prevalentemente degli Stati Uniti d'America<sup>11</sup>.

Quale la peculiarità del sistema, croce e delizia a seconda della prospettiva dalla quale si guarda, che ne ha giustificato un impiego sì massiccio?

I droni, nella denominazione italiana "aeromobili a pilotaggio remoto" (APR) -nella dicitura anglosassone *Remotely Piloted Aircraft System (RPAS)*, distinti quanto a funzioni e peso dalle classi degli *Unmanned Aircraft System (UAS)* - sono velivoli privi di pilota umano e quindi "automated", cioè guidati a distanza<sup>12</sup>. La loro automazione, in ogni caso, non vale autonomia: di tali droni permane infatti il controllo umano a monte, sicché il riferimento al pilotaggio remoto è funzionale a mettere in luce il coinvolgimento umano in tutte le decisioni critiche che vengono assunte nel corso delle varie missioni<sup>13</sup>. Quelli utilizzati per scopi letali sono di tipo *Predator* e *Reaper*<sup>14</sup> e sono impiegati nella lotta al terrorismo come droni *hunter-killer*, deputati all'assolvimento di plurime funzioni: di *intelligence*, sorveglianza, ricognizione delle aree sensibili, individuazione del bersaglio e *strike*<sup>15</sup>. Il drone, infatti, pensato in prima istanza come strumento discreto e certamente grandemente efficace per il compimento di attività di videoregistrazione delle aree "sensibili", frequentate da presunti terroristi, può essere però operato, sempre da remoto, per colpire *target* selezionati con sufficiente precisione, installando sul velivolo missili di precisione, tendenzialmente di tipo *Hellfire*.

La distanza che pertanto si frappone tra l'operatore, il personale di controllo e l'area di azione del drone, in aggiunta all'efficace attitudine a colpire ed eliminare sospetti terroristi (individui o interi gruppi), riduce i rischi per gli agenti impegnati nella sua gestione, allenta i

<sup>11</sup> In verità, i droni come armi hanno ricevuto analogo impiego anche ad opera di Regno Unito e Israele. Sulla legalità dei *targeted killings* si veda la pronuncia *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, case No. HCJ 769/02 (The Supreme Court, Israel, December 14, 2006).

<sup>12</sup> In modo essenziale, è possibile trarre definizioni e chiarimenti sulle modalità di impiego e funzionamento dei droni armati dal manuale militare *Unmanned Aircraft Systems* (2017), disponibile al seguente [link](#) (il quale sostituisce il manuale precedente *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems* (2011), oggetto di critiche, rinvenibile a questo [indirizzo](#)). In particolare per la divisione in classi di droni in relazione alle funzioni svolte, si attenzioni la tabella 2.5 di cui a pag. 18 del manuale *Unmanned Aircraft System*.

<sup>13</sup> I droni dei quali si discute in questa sede, impiegati cioè nelle attività di *targeted killings*, sono come detto automatici ma non autonomi: distinzione che risulta ben espressa alla tabella 2.3, pag. 13 del manuale *Unmanned Aircraft System*, citato alla nota precedente. Non si affronterà in questa sede la diversa classe dei droni totalmente autonomi, i cui problemi in relazione all'accertamento di eventuali responsabilità per fatti illeciti sono evidentemente affini a quelli che si pongono per le *AI* e dei quali, per evidenti ragioni di pertinenza, non si potrà dar conto in questa sede.

<sup>14</sup> Dati precisi sulle tipologie di droni sono disponibili alla pagina *web* dell'*Understanding Empire: Technology, Power, Politics*: [Understandingempire.wordpress](#).

<sup>15</sup> Si veda il Rapporto IRIAD (2017), citato alla nota n. 6.

freni inibitori legati al suo utilizzo ed impedisce l'attivazione dei normali meccanismi tipici di un attacco armato (quale, ad esempio, la comunicazione con la persona bersaglio), così motivando il larghissimo impiego di droni nella *Global War on Terror*<sup>16</sup>.

Proprio la logica della *Global War on Terror*, complessa e a tratti intelligente (per le finalità che gli Stati Uniti intendono perseguire e gli effetti giuridici che mirano a (non) realizzare, come si cercherà di chiarire nel prosieguo), costituisce lo sfondo e il cuore della problematica sulla possibile qualificazione dei *targeted killings* ad essa riconducibili come crimini contro l'umanità o crimini di guerra, e quindi il riconoscimento di responsabilità statali-internazionali e individuali-penali: l'assunto irrisolto di fondo è infatti quello della controversa riconducibilità del *drone strike* al regime del diritto di guerra o *international humanitarian law* (d'ora in poi *IHL*), o a quello di pace in chiave di *law enforcement*, che fa capo al sistema penale interno.

Intesa come azione bellica antiterrorismo, formula in cui, con deliberata maliziosa scorrettezza, si associano i concetti distinti di guerra e antiterrorismo<sup>17</sup>, la *Global War on Terror* è assunta come giustificazione dei *drone strikes*, allo scopo di evitare che le attività ad essa ascrivibili siano assoggettate alla normativa del diritto internazionale dei diritti umani, a tutto vantaggio dell'applicazione delle norme maggiormente permissive dell'*IHL* (con il suo portato dell'operatività dei principi di proporzionalità e necessità dell'attacco che consentirebbero di giustificare le uccisioni collaterali come "ragionevoli incidenti di guerra", la possibilità di sfruttare le immunità valide per i militari o le maggiori aperture che l'*IHL* garantisce ad un uso della forza extraterritoriale tanto elastico da ammettersi addirittura come strumento di autodifesa preventivo)<sup>18</sup>.

La difficoltà di leggere le operazioni antiterrorismo attraverso la lente della guerra in senso tradizionale emerge con evidenza in relazione ai *drone strikes* statunitensi, ove l'azione lesiva si manifesta fuori dal territorio americano, benché ivi siano localizzate le decisioni assunte e si teme possano prodursi le conseguenze paventate e aversate.

Non si può dare in questa sede conto delle ragioni che inducono a ritenere ascrivibili nell'ambito delle operazioni di *law enforcement* gli attacchi statunitensi a mezzo drone commessi in Yemen, Somalia e Pakistan (escludendo quindi quelli di Iraq e Afghanistan, di numero certamente più limitato e verificatisi nell'ambito di conflitti armati)<sup>19</sup>: rinviandosi alla puntuale letteratura internazionalistica esistente sul punto<sup>20</sup>, si osserva qui come la condivisione degli assunti da essa prospettati, apre alla possibile operatività degli istituti di diritto penale per l'accertamento delle responsabilità individuali e delle regole di diritto internazionale dei diritti umani per la possibile qualificazione dei *targeted killings* e, a fortiori, dei *collateral damages*, come crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

Ritenendo quindi che sia giuridicamente scorretta la qualificazione della *Global War on Terror* come conflitto armato (ed è per tale ragione che, ad esempio, non si parlerà mai in questa sede di azione bellica antiterrorismo, né si ricorrerà al concetto di "civile" parlando dei *target* non selezionati), ma che si tratti di uso extraterritoriale della forza, si pone il problema di stabilire in che termini questo si giustifichi, da quale autorità provengano gli ordini di azione,

<sup>16</sup> La citata formula fu utilizzata per la prima volta nel corso del Congresso del 12 settembre del 2001 dall'allora Presidente degli Stati Uniti George W. Bush (la trascrizione dell'intervento è accessibile a questo [indirizzo](#)); si colloca in data 14 settembre del 2001 l'adozione ad opera del Congresso della *Authorization for the Use of Military Force* (AUMF) (a questo [link](#)), firmata 4 giorni dopo dal Presidente degli Stati Uniti, con la quale si (auto)legittima l'esercizio della forza extraterritoriale per esigenze di tutela della sicurezza americana dal pericolo terroristico.

<sup>17</sup> Per una critica maggiormente analitica all'assimilazione tra guerra e terrorismo si rinvia a Cucco e MAURI (2018), pp. 65-90.

<sup>18</sup> Già nel 2006 la Corte Suprema degli Stati Uniti ha escluso la giurisdizione del tribunale militare soggetti sospettati di avere legami con Al-Qaeda detenuti a Guantanamo (cfr. 548 U.S. 557 (2006) – Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of defence et al. – disponibile [qui](#)): la decisione della Corte implica la qualificazione degli stessi come civili o prigionieri di guerra e non come combattenti illegali, aprendo le porte alla giurisdizione ordinaria. Diversamente la già citata pronuncia del 2002 della Suprema Corte Israeliana (*Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, case No. HCJ 769/02 (The Supreme Court, Israel, December 14, 2006)) la quale, a fronte della tesi sostenuta dal governo israeliano, circa la qualificazione dei membri di organizzazioni terroristiche attivi in Israele in termini di "combattenti illegali in un conflitto bellico", in quanto tali, obiettivi legittimi, pur qualificando le lotte intestine tra governo e terroristi come conflitto armato, ha escluso che i terroristi potessero intendersi come combattenti e tantomeno come civili, usando la più criptica formula di "combattenti non legali". La Corte esclude pertanto la possibilità di ammettere in termini assoluti la legalità delle uccisioni mirate commesse ai danni di presunti terroristi (par. 60), assoggettandone l'ammissibilità al ricorrere di quattro condizioni da accertare *case by case* (par. 40): (i) la decisione di uccidere deve essere basata su prove attendibili; (ii) la misura dell'uccisione mirata deve essere proporzionata; (iii) l'attacco deve essere seguito da un'indagine approfondita; (iv) il danno collaterale deve essere proporzionato.

<sup>19</sup> MELZEL (2008), p. 42. In verità la stessa *Presidential Policy Guidance* (PPG) di Obama, della quale si parlerà, individua il suo campo di applicazione "*outside of areas of active hostilities*", escludendo quindi implicitamente l'esistenza di un conflitto bellico tra Stati Uniti e Al-Qaeda.

<sup>20</sup> TRAMONTANA (2018), n. 1, pp. 53-75; LUBELL e DEREIKO (2013), pp. 65-88; LUBELL (2012), pp. 421-454.

a che livello di insindacabilità si collochino le direttive impartite per ogni singolo attacco e che considerazione rivestano i *target* selezionati e le vittime collaterali in ambito internazionale.

La Casa Bianca, per il tramite della CIA, ha avviato una campagna ormai stabile di *targeted killings* sotto l'egida della cd. dottrina Obama-Clinton<sup>21</sup>, usata come pretesto per ritenere applicabili (benché sia controverso che ciò sia possibile), le regole più elastiche dell'IHL, in assenza di un'autorizzazione dallo Stato territoriale ove gli attacchi vengono sferrati e nell'impossibilità di affermare l'esigenza della legittima difesa *ex art. 51* della Carta delle Nazioni Unite<sup>22</sup>.

Il dubbio che pare affiorare, già nelle prime battute di questa analisi, è che l'ambito di applicazione del diritto penale sia più esteso di quanto a primo impatto possa apparire: che possa quindi ammettersi l'imputabilità di responsabilità penali in capo ai soggetti della catena di comando coinvolti nei *drone strikes* non solo per gli omicidi collaterali ma anche per quelli dei sospetti terroristi, vittime designate?

A differenza della guerra nella sua tradizionale accezione e portata, l'attività di *counter-terrorism* compiuta mediante l'uso di droni armati non è condotta attraverso attacchi spersonalizzati sul territorio nemico, ma come assalto mirato al terrore: ogni attacco è infatti individualizzato, personalizzato in relazione allo specifico sospettato terrorista e alle contingenze spaziali e temporali in cui si scelga di mandare a segno lo *strike*. La decisione circa il soggetto destinatario delle attività di monitoraggio, prima, e delle uccisioni mirate, poi, avviene tendenzialmente ricorrendo alle *black list* redatte dal Dipartimento di Stato americano, poi compendiate in apposite liste approvate dal Presidente degli Stati Uniti<sup>23</sup>. Aver introdotto in tale paese la categoria degli *enemy combats* con riferimento ai terroristi ha avuto il vantaggio di sottrarre i sospetti terroristi sia alle regole del diritto penale, sia a quelle dell'IHL proprie dei prigionieri di guerra, ampliando la sfera di discrezionalità dell'esecutivo<sup>24</sup>, attraverso quanto previsto da apposite *policies*, in specie la *Presidential Policy Guidance (PPG)* della presidenza Obama e le regole contenute nella *Principles, Standards, and Procedures (PSP)* ancora non ufficialmente ostesa, del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump (entrambe oggetto di analisi specifica al § 5 in tema di responsabilità individuali per *drone strike*).

Tale scenario normativo non risulterebbe del tutto compatibile con l'approccio assunto dalla disciplina italiana in materia di terrorismo, poiché l'impiego degli strumenti del diritto penale, ancorché in una chiave di punibilità anticipata, dimostra che la logica bellica del terrorista come nemico è rigettata, e il processo penale si atteggia come strumento di difesa sociale<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Si tratta della dottrina secondo la quale l'azione statunitense consistente nell'impiego della forza extraterritoriale in tanto si legittima in quanto la minaccia terroristica continui ad essere presente e viva e costituisca pericolo significativo per gli Stati Uniti e la sua popolazione (cfr. KOH (2010)). Sul tema dell'individuazione del regime giuridico applicabile ai *targeted killings* statunitensi si veda MELONI (2017); Cucco e MAURI (2018), p. 67 e ss..

<sup>22</sup> Legittima difesa che invece si addusse e riconobbe nel caso dell'intervento statunitense in Afghanistan dopo i fatti dell'11 settembre 2001 (si veda Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 1368 (2001), S/RES/1368 (2001), sul sito dell'Onu, secondo cui "Insta a todos los Estados a que colaboren con urgencia para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de estos ataques terroristas y subraya que los responsables de prestar asistencia, apoyo o abrigo a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos tendrán que rendir cuenta de sus actos; 4. Exhorta a la comunidad internacional a que redoble sus esfuerzos por prevenir y reprimir los actos de terrorismo, entre otras cosas cooperando más y cumpliendo plenamente los convenios internacionales contra el terrorismo que sean pertinentes y las resoluciones del Consejo de Seguridad, en particular la resolución 1269 (1999), de 19 de octubre de 1999"). Per maggiori approfondimenti si rinvia a Cucco e MAURI (2018), p. 68, nota n. 9.

<sup>23</sup> Le liste delle Organizzazioni Terroristiche Straniere (*Foreign Terrorist Organizations - FTOs*) designate dal Segretario di Stato dagli Stati Uniti d'America sono accessibili sul sito [governativo.americano](http://www.governativo.americano.gov).

<sup>24</sup> VIGANÒ (2006), pp. 658-659.

<sup>25</sup> Un problema ulteriore che il tema potrebbe porre, ma che per esigenze di coerenza del testo si ometterà di indagare compiutamente, è quello della rilevanza ai fini del diritto penale interno della qualificazione in termini di "sospetto terrorista" di chi sia oggetto del *listing* citato ad opera di uno Stato straniero o dello stesso Stato del giudizio, con la conseguenza che, ove affermata, escluderebbe l'applicazione delle norme di diritto penale ai casi di *drone strikes* commessi proprio *on target*. Sulla rilevanza delle *black lists* nel sistema nazionale si rinvia in dottrina a VIGANÒ (2007), p. 392; OLIVERI DEL CASTILLO (2005), p. 79; DELLA MORTE (2009), p. 443-475; DI STASIO (2010), p. 599-602; in giurisprudenza: Cass. pen., Sez. I, sent. n. 35427 del 21 giugno 2006, Drissi, in *Class. pen.*, 2007, p. 1578 ss. con nota di CERQUA (2007); Cass. pen., Sez. I, sent. n. 30824 del 15 giugno 2006, imp. Tartag; Cass. pen., Sez. I, sent. n. 1072 del 11 ottobre 2006, imp. Bouyahia ed altri, altresì richiamata da Trib. Roma, Gip, ord. 18/07/2015, RG 15661/2012. In quella sovranazionale: *Sison c. Consiglio*, 26 aprile 2005 (cause riunite T-110/03, T-150/03 e T-405/03); *Kadi c. Consiglio e Commissione*, 21 settembre 2005 (T-315/01); *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, 21 settembre 2005 (T-306/01).

## 4.

## Possibili spazi di manovra della giurisdizione penale italiana.

Occorre in primo luogo comprendere in che termini possa sostenersi e radicarsi la giurisdizione penale italiana rispetto ai casi di *targeted killings*. Affermazione della giurisdizione che, in ultima istanza, vale come riconoscimento dei diritti delle vittime, ed in specie del diritto a chiedere ed ottenere una tutela innanzi ad un organo imparziale e indipendente, e che risulta altresì funzionale ad evitare che siano ad essa sottratti i responsabili di fatti penalmente rilevanti.

Tre sono i livelli spaziali da tenere in considerazione ai fini della presente analisi: (i) qual è il luogo da cui il drone decolla?; (ii) quale quello in cui il drone sferra l'attacco?; (iii) in che territorio si trova la cabina di regia, dalla quale il drone è materialmente pilotato?

Gli stessi si combinano con ulteriori tre livelli soggettivi: (a) qual è lo Stato "della bandiera"?; (b) quale lo Stato della "pista di lancio" del drone?; e (c) quale la nazionalità delle vittime (collaterali e selezionate)?

Dal combinarsi di tali piani emergono tre possibili tipologie di giurisdizione penale per *drone strikes*: omicidio mirato in territorio italiano, commesso contro cittadini italiani o stranieri; fatto commesso in territorio straniero contro un cittadino italiano, sia ad opera di droni italiani o di Stati terzi; fatto commesso in territorio straniero con drone decollato dal territorio italiano.

Omettendo l'analisi della prima ipotesi, che pare di minor pregio in quanto ancora – e si spera ancora a lungo – solo di ipotetica verifica, la seconda ipotesi ha trovato applicazione con riguardo al caso Lo Porto, sul quale, a seguito di una prima richiesta di archiviazione del 29 maggio 2017, rigettata del Gip del Tribunale di Roma<sup>26</sup>, è seguita una seconda analoga richiesta (n. 3534/12 R.I. P.M.) sulla quale, alla data in cui scrive, pende la riserva sulla decisione del Gip. Basti qui osservare che il legislatore ha voluto tentare la strada della competenza "specializzata" deferendo, ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 10 c.p.p., la competenza al Tribunale o alla Corte di Assise di Roma, in tutte quelle situazioni, tra cui parrebbe rientrare anche la presente, nelle quali risulti impossibile definire la competenza *ex* comma 1 dello stesso articolo e tanto sempre che non ricorrano casi di connessione o procedimenti collegati.

La terza ipotesi è però quella certamente più interessante: si configura in particolare in tutti i casi di impiego dell'aeroporto militare di Sigonella, in Sicilia, come base operativa di droni italiani e statunitensi<sup>27</sup>.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 6 c.p. si intende commesso in territorio italiano il reato la cui azione o omissione costitutiva sia avvenuta in tutto o in parte in esso, o ivi si sia prodotto l'evento<sup>28</sup>. Ora, ammettendo che il reato si perfezioni certamente in territorio straniero, e ferme restando le condizioni di cui all'art. 10 c.p., resta da comprendere quando possa dirsi iniziata l'esecuzione dello stesso: in termini più chiari, rimane da stabilire se l'azione del lancio del missile dal drone si esaurisca in se stessa o se afferisca all'azione come componente necessaria tutta la fase di volo del drone a partire dal decollo.

In questa sede sarà solo possibile costruire ipotesi, specie considerando la spessa e ampia coltre di nebbia che copre la materia. Ad oggi è noto esclusivamente il fatto che l'Italia abbia concluso con il Governo degli Stati Uniti un accordo di avvalimento da parte di quest'ultimo della base di Sigonella<sup>29</sup>; tale documento si affianca a precedenti accordi, tra i quali il "*Technical Arrangement on Sigonella*"<sup>30</sup> con il quale si fissano sul piano tecnico le regole di ripartizione delle competenze tra Italia e Stati Uniti.

Ai presenti fini è centrale la precisazione contenuta in quest'ultimo documento secondo la quale "(t)he U.S. Commander has full military command over U.S. personnel, equipment and operations. He will notify in advance the Italian Commander of all significant U.S. activities, with specific

<sup>26</sup> Il provvedimento in discorso è il 159948/17 R.Gip, del 02.03.2018, reso nel procedimento n. 3534/12 RG.NR, a scioglimento della riserva formulata in esito all'udienza del 30 gennaio 2018 sull'opposizione alla richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura di Roma.

<sup>27</sup> Per un'analisi internazionalistica *ante litteram* si rinvia a MAURI (2016), pp. 319-325.

<sup>28</sup> Si veda da ultimo Cass. pen., Sez. 6, sent. n. 20513 del 19 gennaio 2018, p. 4; Cass. pen., Sez. 3, sent. n. 35165 del 18 luglio 2017, Sorace; Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 6376 del 20 gennaio 2017, Cabrerizo Morillas, Rv. 269062; Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 570 del 08 novembre 2016, Figliomeni, Rv. 268599; Cass. pen., Sez. 2, sent. n. 48017 del 13 ottobre 2016, Di Luca, Rv. 268432; Cass. pen., Sez. 6, sent. n. 13085 del 03 ottobre 2013, Amato, Rv. 259486 (tutte le pronunce citate nel presente scritto, in assenza di diversi riferimenti, sono state consultate sul sito [Italgioire](#)).

<sup>29</sup> Di tale "quieto" accordo da notizia il *Wall Street Journal* in un articolo dall'eloquente titolo *Italy Quietly Agrees to Armed U.S. Drone Missions Over Libya* (LUBOLD e BARNES (2016)).

<sup>30</sup> Documento disponibile al seguente [link](#).

reference to the operational and training activity” (Sez. IV, art. 3): in altri termini, nonostante la competenza delle operazioni militari sia statunitense, resta fermo un obbligo di notifica all’autorità italiana di tutte le attività statunitensi “significant” ad esclusione delle attività di routine (come chiarito nell’Annex n. 5, capo 1, lett. b), n. 1), ove si legge che “(t)he term significant is intended to exclude all routine activities”. Ad esso si oppone il potere del Commander italiano di “(i)ntervene to have the U.S Commander immediately interrupt U.S. activities which clearly endanger life or public health and which do not respect Italian law” (capo 1, lett. c), n. 7).

Ora, muovendo dalla natura tuttora segreta dell’accordo, dal fatto che le uniche informazioni ostese sono quelle del *Technical Arrangement* e dal dato secondo cui l’unica notizia ulteriore, per bocca dell’allora ministra Pinotti, è che l’uso dei droni nei *targeted killings* sia “di volta in volta discusso ed autorizzato da noi”<sup>31</sup>, si potrebbe ritenere che la singola autorizzazione resa *ad hoc* per ogni operazione coinvolga sia l’Italia come Stato sul piano della responsabilità internazionale “per complicità”<sup>32</sup>, sia i soggetti afferenti alla catena di comando italiana coinvolta nella singola autorizzazione sul piano della responsabilità penale per ciascuno dei corrispondenti attacchi commessi all’estero: e tanto sull’assunto che la condotta prodottasi in Italia *-id est* il decollo autorizzato del drone armato- costituisce frazione antecedente necessaria della successiva frazione di azione illecita posta in essere all’estero -lo sganciamento del missile dal drone- e della stessa produzione dell’evento lesivo.

Resterebbe scoperto, e lasciato al giudizio caso per caso del giudice penale, il problema del soggetto (o dei soggetti) cui concretamente ascrivere la responsabilità e la questione del profilo soggettivo da esso (o essi) integrato: se cioè si possa far afferire l’illecito al regno del dolo, per il fatto dell’intervenuta autorizzazione all’operazione statunitense (dando quindi per note le ragioni e le motivazioni della stessa); o quello della colpa, ove si ritenga che l’autorizzazione sia intervenuta a fronte di un difetto di diligenza nella verifica dei fini del *targeted killing* americano.

## 5.

### Limiti e difficoltà di accertamento delle responsabilità penali individuali.

Il problema da ultimo evidenziato non costituisce un *proprium* dei soli casi di giurisdizione del terzo tipo, ma emerge come questione problematica in tutte le situazioni di sindacabilità penale dei *targeted killings* commessi a mezzo drone. Tema nel quale si intrecciano profili problematici di vecchio e nuovo conio: come, tra le criticità del primo tipo, l’antico ma sempre attuale tema della possibile apposizione del segreto di stato agli atti governativi che possano assumere rilevanza per l’iscrizione e l’accertamento delle responsabilità penali in materia; così, tra le difficoltà del secondo tipo, quella dell’ammissibilità anche in Italia delle richieste di accesso civico generalizzato –secondo la cd. normativa FOIA (*Freedom of Information Act*)– ai documenti in possesso delle amministrazioni pubbliche secondo le indicazioni contenute nel D.lgs. 97/2016, al pari di quanto già ampiamente realizzato negli Stati Uniti, dove oggetto di FOIA sono state e sono tuttora proprio le *policies* dell’amministrazione Obama e, in tempi più recenti, di quella Trump sulla gestione delle operazioni compiute a mezzo drone.

La materia dei *drone strike* è pertanto governata da segreti di Stato, da diffusi silenzi e da omessi disvelamenti di informazioni e dati sull’articolazione delle competenze per ogni attacco e da un malcelato rifiuto alla cooperazione giudiziaria ed investigativa tra Stati: situazioni che inevitabilmente incidono sulla corretta costruzione delle imputazioni, minano la completezza e correttezza delle indagini, inibiscono l’accesso delle vittime al giudice naturale come garantito sia a livello convenzionale (art. 6 par. 1 Cedu) che costituzionale (art. 25 co. 1 Cost.). Specie considerando che la stessa pratica del *targeted killing* è lesiva del diritto di ciascun soggetto ad un giusto processo e si risolve a tutti gli effetti in una uccisione *extra* e *super* giudiziale in contrasto con la pratica dei diritti umani<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Le parole sono riportate dal sito dell’*Ansa*.

<sup>32</sup> Alla *complicity* sembra riferirsi l’art. 16 del Progetto sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), che impiega i termini di “aiuto e assistenza”, con essi riferendosi a qualsiasi tipo di condotta, comunque qualificata, che si risolve nella fornitura di assistenza militare, economica o tecnica ad uno Stato terzo ai fini della realizzazione di un illecito internazionale. Nella dottrina internazionalistica, cfr. JACKSON (2015); DE WET (2018), pp. 287-313; LANOVY (2016).

<sup>33</sup> KAUFMAN e WEISS FAGEN (1981), pp. 81-100; OTTO (2012), p. 3 e ss.; FARER e BERNARD (2016), pp. 108-133; RUSCHI (2017), pp. 45-76.

## 5.1. Segreti di Stato “interni” ed “esterni”.

In prima battuta, quindi, è ammissibile, e in che misura, l'apposizione del segreto di Stato (italiano o straniero) ai contenuti delle attività di *intelligence* che, in questa materia, costituiscono parte preponderante del compendio probatorio disponibile?

Parte della dottrina ha evidenziato la controversa sovrapposizione tra “stato di emergenza” e secretazione dei dati investigativi<sup>34</sup>, nella misura in cui si è dato atto di un tendenziale ampliamento dei casi di segreto delle attività di *intelligence*, quanto più lo Stato si trovi ad agire in contesti di emergenza a protezione della sicurezza nazionale<sup>35</sup>. Considerando però che l'apposizione del segreto è attività discrezionale politica<sup>36</sup>, risultato della ponderazione del rapporto logico-strumentale tra l'attività alla quale il segreto è apposto e le finalità costituzionalmente rilevanti cui è preordinato<sup>37</sup>, ci si chiede in che misura la scelta della secretazione sia insindacabile decisione politica o se piuttosto possa essere oggetto di valutazione in sede giurisdizionale, senza pregiudizio alla classica partizione dei poteri. In tali casi, infatti, le esigenze di verità giudiziale si scontrano con considerazioni *extra*-processuali sottese alla secretazione che, o impediscono l'identificazione dei responsabili di fatti penalmente rilevanti, o rendono ineffettive eventuali pronunce di condanna relative a soggetti già identificati, creando un profondo *gap* tra “*il lavoro degli investigatori e dei magistrati italiani, che ha permesso di identificare i responsabili e di pronunciare delle condanne nei loro confronti*”<sup>38</sup>, e la messa in esecuzione delle condanne nel frattempo intervenute.

Per ciò che concerne il segreto di Stato “interno”, la disciplina di cui alla l. 124/2007 prevede che, intervenuta la conferma *ex artt.* 41 co. 2 e 40 co. 5, l'autorità giudiziaria inibita nell'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie segretate, ai sensi degli artt. 202, c. 5 c.p.p. e 41, c. 5 l. 124/2007, avrebbe dinanzi due strade alternative: prescindere dalla notizia se non essenziale; intervenire *pro reo*, nel caso di notizia indispensabile ai fini del decidere *ex artt.* 41 co. 3 l. 124/2007 e 202 co. 3 c.p.p., mediante declaratoria di “non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato”<sup>39</sup>. È giocoforza che ove il Governo, come nei casi di segreto su attività di *intelligence* di attacchi a mezzo drone armato o partecipazioni in essi nei modi già riferiti, intenda bloccare l'attività giudiziaria di verifica delle responsabilità penali delle catene di comando coinvolte nell'attacco, potrà avvalersi del meccanismo del segreto<sup>40</sup>. Del resto alla luce della norma citata, la necessità che il giudice valuti l'essenzialità *ex ante* della conoscenza della notizia<sup>41</sup> costituisce un limite di non poco momento con riguardo all'accertamento delle responsabilità in questa materia: la difficoltà di pervenire ad una verifica di tal fatta è del vero strettamente connessa alla mancanza di dati certi su ordini impartiti, legittimità degli stessi, *background* di competenze ed autorizzazioni di base, verbali delle singole operazioni e verbali di dati e informative raccolte in base a verifiche preliminari ad ogni singolo attacco. Le informazioni sui singoli attacchi si fanno esse stesse contenuto delle imputazioni, per cui venendo meno le une, si smembrano a cascata le altre.

<sup>34</sup> ROSSI MERIGHI (1994), p. 256.

<sup>35</sup> Con le sentenze C. cost. n. 82/1976 e n. 86/1977 (rispettivamente disponibili ai seguenti [link](#) e [link](#) del sito ufficiale) la Corte Costituzionale ha rintracciato nella sicurezza dello Stato-comunità l'interesse sotteso alla disciplina del segreto di stato, che la Corte nella seconda delle pronunce citate esplicitamente differenzia dall'interesse politico-governativo e partitico.

<sup>36</sup> Che si tratti di attività discrezionale ma non libera lo chiarisce ANZON (1976), p. 1770. Secondo l'Autrice la volontà dell'autorità competente alla qualificazione dell'attività come segreta non implica di per sé che questa “*fuori dai casi in cui si provveda con legge o con atto equiparato, possa apporre a suo arbitrio l'etichetta [...] Trattasi pur sempre di attività non libera ma discrezionale [...]*”. Ancora, nel caso Abu Omar (C. cost., sent. n. 106/2009, a questo [indirizzo](#)) la Corte specifica che: “[...] l'individuazione dei fatti, degli atti, delle notizie, ecc. che possono compromettere la sicurezza dello Stato e devono, quindi, rimanere segreti costituisce il risultato di una valutazione ampiamente discrezionale e, più precisamente, di una discrezionalità che supera l'ambito e i limiti di una discrezionalità puramente amministrativa, in quanto tocca la *salus rei publicae* [...] atteso che il giudizio sui mezzi ritenuti necessari o soltanto utili a garantire la sicurezza dello Stato spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri sotto il controllo del Parlamento” (par. 12.4).

<sup>37</sup> La Corte Costituzionale individua il contenuto della nozione di segreto nel “*supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, e cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza*” (C. cost., sent. n. 82/1976; cfr. altresì sentt. n. 86/1977 e n. 110/1998).

<sup>38</sup> *Nasr e Ghali c. Italia* [2016] ECtHR Appl. No. 44883/09, § 272.

<sup>39</sup> Cfr. C. App. Milano, sez. III, 15.12.10 (dep. 15.3.11), Pres. Silocchi, Est. Manca, imp. Adler e a.; Trib. Milano, sent. n. 12428 del 4.11.2009 (Caso Abu Omar).

<sup>40</sup> Così la sentenza della Corte Edu sul caso Abu Omar, nella quale si afferma che l'apposizione del segreto di Stato ad opera del Governo sulla maggioranza delle fonti di prova a carico degli imputati del SISMI, trattandosi di segreto su emergenze ricadenti su circostanze di dominio pubblico, avesse come unico obiettivo quello di garantire l'impunità degli stessi. Per una lettura di sintesi delle varie tappe della vicenda si rinvia a MARIOTTI (2016).

<sup>41</sup> SETTI (2015).

Cosa invece nei casi di segreto di Stato “straniero”, relativo ad attività di *intelligence* compiute da altri Stati e inibite nel loro utilizzo per esigenze di *national security*? Nulla la disciplina citata prevede: si potrebbe allora sostenere che astrattamente un segreto che è tale nell’ordinamento d’origine, non potrebbe opporsi come “segreto di Stato” in un ordinamento straniero. Ragionando però *a fortiori* rispetto a quanto già osservato con riguardo al segreto “interno”, si può rilevare che le ragioni sottese alla secretazione nello Stato straniero potrebbero risuonare negli stessi termini per lo Stato in cui l’atto secretato assume rilevanza. Il potere esecutivo, in altre parole, potrebbe ritenere necessario opporlo ove ritenga che la sicurezza dello Stato quale “*interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro*”<sup>42</sup>, passi anche attraverso il mantenimento di rapporti internazionali o il rispetto di accordi di cooperazione (realizzati mediante rispetto reciproco delle scelte assunte in sede interna dai singoli Governi), e quindi a discapito del “diritto alla verità” o all’accesso alla giurisdizione.

È in ogni caso evidente che la mancata ostensione delle informazioni ai fini della conduzione delle indagini è giustificata dal timore che la magistratura possa ingerirsi in scelte discrezionali di competenza governativa, specie se straniere; sicché opponendo la *political question doctrine*<sup>43</sup> e la sussistenza di esigenze di tutela della sicurezza nazionale, si finisce per ledere il “diritto alla verità” inteso come diritto al legittimo riconoscimento delle pretese vantate da quanti possano dirsi interessati, *iure proprio* o *iure hereditatis*, dagli effetti di tali scelte politiche, ma, del vero, dall’intera collettività dei cittadini la cui protezione si adduce come ragione giustificatrice degli attacchi.

## 5.2.

### *Assunti di fondo per la formulazione dell’imputazione.*

A questo punto, alla luce dello scarno compendio documentale a disposizione, si tenterà di fornire delle indicazioni di massima che si spera possano essere riempite di contenuto in un futuro non troppo remoto.

Due elementi paiono caratterizzare le ipotesi di omicidi mirati a mezzo drone di cui si discute: gli attacchi, almeno in Yemen, Somalia e Pakistan, ove la giurisprudenza per *drone strike* è più significativa, sono per lo più sferrati dalla *CIA*, organo governativo di *intelligence* e non militare<sup>44</sup>; le persone offese del procedimento penale sono soggetti non coinvolti nelle ostilità.

Si tratta di due assunti pericolosi, ove impiegati in senso contrario: per evitare di addentrarsi nel pantano della prova della responsabilità penale degli addetti all’operazione, e al fine di far arenare il procedimento penale con l’accoglimento della richiesta di archiviazione formulata dalla Procura, potrebbero infatti, come è invero già accaduto, adottarsi due prospettive sufficientemente vantaggiose.

Potrebbe affermarsi che la *CIA* sia *de facto* un organo militare, dipendendo comunque dal Presidente degli Stati Uniti come *Commander in Chief*, così consentendo agli agenti governativi di godere delle immunità militari e degli altri benefici legati alla qualificazione in termini di “guerra” della lotta al terrorismo. Tanto, però, non tenendo in debito conto la strutturazione interna di tale organismo e delle sue attività, entrambe prive di natura militare<sup>45</sup>. Tale è stata ad esempio l’impostazione assunta dall’organo di accusa nel procedimento Lo Porto e invece avversata da una pronuncia dell’Alta Corte penale di Peshawar del Pakistan<sup>46</sup>, la quale qualifica le condotte di *targeted killings* statunitensi come crimini internazionali soggetti alle regole di *law enforcement* e agli obblighi di tutela dei diritti dei diritti umani posti a carico di ciascuno Stato.

In alternativa (o in aggiunta), si potrebbe sostenere che i soggetti contro cui l’attacco è sferrato non siano estranei al combattimento, così evitando la qualificazione del fatto omici-

<sup>42</sup> Cfr. la già citata C. cost., sent. n. 106/2009. Quello alla sicurezza nazionale è del resto uno degli interessi pubblici che costituiscono limite alla possibilità di accesso civico, ai sensi dell’art. 5-*bis* del D.Lgs. 33/2013, introdotto dall’art. 6, comma 2 del D.Lgs. 97/2016.

<sup>43</sup> Per la prima volta affermata in 246 U.S. 297 (1918) (U.S. Supreme Court, *Oetjen v. Central Leather Co.*); cfr. SEIDMAN (2004).

<sup>44</sup> Cfr. PENNEY, SCHMITT, CALLIMACHI e KOETTL (2018); in precedenza si veda MAZZETTI (2013).

<sup>45</sup> La distanza che intercorre tra le forze militari -combattenti legittimi- e la *CIA* è evidente ove si consideri che il personale di tale Agenzia non è chiamato a conformare la propria condotta alle leggi sui conflitti armati, non indossa uniformi, non afferisce a strutture gerarchiche esterne di tipo militare ma si iscrive in un’autonoma catena di comando interna all’Agenzia stessa (cfr. O’CONNELL (2013)).

<sup>46</sup> *Foundation for Fundamental Rights v. Federation of Pakistan et al.*, case No. 1551-P/2012, Judgment (Peshawar High Court, Pakistan, March 11, 2013).

diario come *collateral damage*. Questa impostazione è stata sposata in particolare dal Procuratore Federale della Germania nel caso, archiviato, dell'omicidio, commesso a mezzo drone armato, del cittadino tedesco Bünyamin<sup>47</sup>. Una soluzione che esime il giudice dall'individuare gli autori dell'operazione, ricostruirne le relative responsabilità, e dall'investigare i rapporti di collaborazione e il regime dello scambio di informazioni e dati sulle operazioni di *drone strike* tra Stati Uniti e lo Stato di volta in volta coinvolto<sup>48</sup>.

Invero, anche ove si condividano i due assunti di base e si eserciti l'azione penale, le difficoltà si annidano sul versante dell'imputabilità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza.

Come emerge dalla PPG ostesa durante la Presidenza Obama, oltre che dalle fonti innanzi citate, la decisione di operare un omicidio mirato tramite drone è il frutto di un processo interno all'organo statunitense a ciò legittimato, nella specie, il *Counter Terrorism Center (CTC)* della *CIA*, deputato alla raccolta e rielaborazione di *intelligence*, e a compiti operativi<sup>49</sup>. Dirigiamo pertanto il *focus* d'indagine all'interno della suddetta Agenzia, ed in specie proviamo a ricostruire quale sia la sua strutturazione soggettiva interna direttamente investita dal problema della responsabilità penale personale per le operazioni di *drone strike*.

## 5.3.

### *Responsabilità penali della catena di comando: brevi rilievi.*

Assumiamo<sup>50</sup> che la struttura interna del *CTC* direttamente coinvolta nella singola operazione ruoti attorno a tre categorie soggettive (ciascuna delle quali suscettibile di strutturarsi come mono o plurisoggettiva): alla base si collocano i soggetti deputati a "monitorare" il *target*; a livello intermedio gli agenti che "autorizzano" la singola operazione di *drone strike*; a livello superficiale coloro che la "gestiscono" materialmente, e tra costoro si situa l'"operatore", addetto al controllo e gestione dei comandi del velivolo armato<sup>51</sup>.

Rispetto a tutti e tre i soggetti segnalati, un discorso sulla responsabilità appare di specifico interesse rispetto ai casi di *collateral damages*, in cui cioè ad essere attinto in via indiretta sia un soggetto diverso dal *target* selezionato. Rispetto alla già accennata possibilità di ritenere sussistente una responsabilità penale per il fatto stesso del *drone strike* sul bersaglio selezionato, il tema risulta nebuloso: mantenendo l'assetto attuale, per cui la pratica dei *drone strike* è legittima se compiuta sul bersaglio in virtù della logica bellica della lotta al terrorismo, la possibilità di ascrivere le condotte degli agenti *CIA* nell'alveo della responsabilità penale è ipotesi problematica. Al contrario, qualche spiraglio potrebbe aversi ove si modificasse l'assetto di base, restituendo agli Stati la legittimazione a sindacare anche sul piano penalistico le responsabilità per individuazione, autorizzazione e materiale esecuzione dell'ordine di uccisione dei soggetti presunti terroristi<sup>52</sup>.

In questa sede si tenterà per cenni di fornire un quadro di sintesi dei possibili modi ricostruttivi delle responsabilità per *collateral damages*, nel convincimento che con i dovuti corret-

<sup>47</sup> Bünyamin E., cittadino tedesco, fu ucciso in Pakistan il 4 ottobre 2010 in conseguenza di un attacco armato a mezzo drone. La legge penale tedesca (§ 152 (2) StPO, § 160 StPO, § 7 (1) StGB) prevede l'attivazione di un procedimento penale in tutti i casi in cui un cittadino sia ucciso all'estero. Aperto un fascicolo contro ignoti dal procuratore federale, lo stesso è stato chiuso poco dopo, poiché secondo gli investigatori, Bünyamin voleva partecipare da combattente ai combattimenti nel nord del Pakistan: è stata pertanto esclusa la sua natura di civile e affermata quella di legittimo obiettivo militare, sì da escludere che la sua morte fosse crimine di guerra o omicidio di stato (condizioni, queste, necessarie per radicare la giurisdizione del giudice tedesco). Il decreto di archiviazione del Procuratore generale federale del 20 giugno 2013 è disponibile in tedesco a questo [indirizzo](#); il comunicato stampa del procuratore generale del 1° luglio 2013 è disponibile a tale [link](#).

<sup>48</sup> Si veda ECCHR (2013).

<sup>49</sup> Cfr. FULLER (2018).

<sup>50</sup> La strutturazione nei modi che seguiranno si fonda sia sulla riconosciuta competenza del *CTC* della *CIA* allo svolgimento di compiti operativi/autorizzatori oltre che di raccolta di dati frutto di attività di *intelligence*, come chiarito in precedenza, sia su quanto evincibile nelle richieste di rogatoria del caso Lo Porto ed in specie nell'asserzione citata alla nota 45, contenuta nelle richieste di rogatoria dell'ordinanza n. 159948/17 R.Gip, del 02.03.2018 con cui il Gip di Roma disponeva nuove indagini, ove si legge che "la giudice ha ordinato che la rogatoria dovrà riguardare ogni aspetto del caso, con l'acquisizione di tutta la documentazione sull'operazione, sulla sorveglianza del compound prima e dopo l'attacco, sulle indagini condotte dal governo americano, inclusa l'identificazione dei presunti terroristi che gli Usa avevano preso di mira, nonché «l'individuazione di coloro che hanno coordinato il monitoraggio del compound, gestito ed autorizzato gli strike»" (sottolineatura non originale): cfr. i siti dei quotidiani [Corriere.it](#); [Palermotoday](#); [Repubblica.it](#).

<sup>51</sup> Per un'analisi più dettagliata circa la struttura interna del *CTC* si rinvia a Cucco e MAURI (2018), p. 71 e ss..

<sup>52</sup> Il tema palesa tutta la sua viscosità sol considerando che in ogni caso, anche ammettendo una sindacabilità penale in tali ipotesi, si ricadrebbe pur sempre nell'atavico problema di una possibile applicazione a tali soggetti della logica del "diritto penale del nemico", oggetto di dibattito in ordine alla sua ammissibilità e al modo stesso del suo configurarsi: sul tema si veda JAKOBS (2006), p. 21. In senso critico DONINI (2006), pp. 735-777; AMBOS (2007), p. 29; cfr. per uno sguardo d'insieme VIGANÒ (2006), p. 669.

tivi, le considerazioni svolte siano suscettibili di applicazione anche alle ipotesi di *drone strike* “puro”.

Partiamo dalla responsabilità penale del “monitoratore”, organo deputato al compimento delle verifiche preliminari sulle aree e sui soggetti “sensibili”: si può osservare che, stante la specificità con cui i controlli vengono effettuati e il peculiare livello tecnologico degli strumenti di *intelligence* impiegati<sup>53</sup>, il fatto che lo stesso possa incorrere in errori è ipotesi astrattamente possibile, benché in concreto di difficile verifica. L’attività valutativa da questi compiuta si muove sul solco delle direttive tracciate da apposite *policies* (delle quali si dirà) e dai singoli protocolli operativi; poiché tali atti valgono in quanto tali, non avendo rilevanza giuridica “esterna”, l’eventuale fallo del monitoratore assume una rilevanza in prima istanza interna al sistema. La sua attitudine a prodursi “a cascata” sugli altri soggetti della catena di comando, però, giustificherebbe l’ascrivibilità a questi di una responsabilità per colpa, postulata dalla scorrettezza commessa nell’elaborazione del dato, potendosi prospettare, in base al grado di incidenza causale sull’evento lesivo finale, una partecipazione alla condotta (dolosa, sebbene più raro, o colposa) degli autorizzatori.

Quanto al giudizio di accertamento della responsabilità del soggetto “autorizzatore”, la peculiarità risiede anzitutto nella difficoltà di comprendere la natura, sindacabile o meno, dell’ordine da costui impartito e la sua possibile legittimità o illegittimità alla stregua dell’intero sistema nazionale e/o internazionale: è ovvio che in questo caso imprescindibile è la possibilità di accesso della magistratura alle informazioni in ordine alle modalità di conduzione degli attacchi per mezzo drone.

L’ostensione delle *policies* operative, alla quale invitava anche il Relatore delle Nazioni Unite Emmerson nel *Report* del 2013 in materia<sup>54</sup>, è invero oggi ad un punto morto. Ad eccezione delle informazioni ufficiose provenienti da organizzazioni non governative, i dati più interessanti sono quelli contenuti nella *Presidential Policy Guidance (PPG)* per le operazioni della *CIA*, ostesa, con numerosi *omissis*, nel 2016 ma in vigore dal 2013<sup>55</sup> e oggi sostituita dal documento *Principles, Standards, and Procedures (PSP)*, ancora non confermato come documento ufficiale ma su cui pende una specifica richiesta di *disclosure*<sup>56</sup>.

Già la *PPG*, trovando applicazione ai casi di “*lethal and non-lethal uses of force*” impiegata “*outside areas of active hostilities*”, poneva numerosi quesiti in ordine alle modalità di svolgimento della singola operazione di *drone strike*: in esso le regole precauzionali per ogni singola operazione erano ridotte (per quanto si evince dalle parti non soggette ad *omissis*) essenzialmente alla verifica preliminare dell’identità del *target*, impiegando “*all reasonably available resources*”, adottando “*harmonized policies and procedures*” allo scopo ultimo di affermare con “*near certainty that noncombatant will not be injured or killed*” (si veda Sezione 1. E. n. 2). Tanto però era certamente sufficiente per affermare che quella di eventi collaterali fosse ipotesi di marginale verifica, essendo previste *policies* per evitare il prodursi di eventi collaterali “*near certainty*”, e che conseguentemente, la realizzazione degli stessi non fosse facilmente configurabile in termini di errore derivante da colpa.

Le attuali e non ostese *PSP* compiono un salto avanti nella logica protezionistica degli agenti di *CTC* competenti in tema di *drone strike*, aprendo due ulteriori squarci alla prospettiva di de-responsabilizzazione: non si intende più come condizione sottesa all’attacco che il *target* sia “*continuing, imminent threat*” e si attribuisce alla *CIA* un’autonomia estesa, eliminando l’intermediazione dell’autorizzazione del governo centrale<sup>57</sup>.

Questa apertura sposta in avanti il confine della non punibilità, ammettendosi attacchi indiscriminati e scriminati anche a prescindere dall’effettiva conoscenza o previsione di possibili futuri attentati lesivi della sicurezza degli Stati Uniti<sup>58</sup>, creando problemi anche rispetto al

<sup>53</sup> TUNG (2015), p. 638.

<sup>54</sup> EMMERSON (2014).

<sup>55</sup> La *PPG* dell’amministrazione Obama è oggi a disposizione e facilmente accessibile al seguente [link](#).

<sup>56</sup> È del 21.12.2017 il *FOIA* relativo alle *policies* del Presidente Trump presentato dall’*American Civil Liberties Union* e dall’*American Civil Liberties Union Foundation*, sulla quale si veda il sito [Courthousenews.com](#).

<sup>57</sup> Cfr. SAVAGE e SCHMITT (2017).

<sup>58</sup> Ad esempio, nel caso *McCann e altri v. Uk* ([1995] ECtHR Application No.18984/91), uno dei motivi di ricorso alla Corte Edu, peraltro accolto dallo stesso giudice, è centrato sulla sussistenza di difetti di pianificazione e controllo, ed in specie sulla considerazione secondo cui il fatto che i presunti terroristi avessero piazzato la bomba e che sarebbe stato per loro possibile farla esplodere in qualsiasi momento e in qualsiasi luogo, nel momento in cui fossero stati fermati, fosse una mera supposizione. La stessa Corte, infatti, usa i concetti di prudenza e attenzione nell’uso della forza contro presunti terroristi, imponendo la necessità che il sospetto sia sorretto da un *quid pluris* di informazioni e dati oggetto di valutazione: “*Their reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects, and stands in marked*

coinvolgimento degli Stati terzi che forniscano assistenza per tali operazioni: a costoro, infatti, al fine di andare esenti da responsabilità per complicità ai sensi dell'art. 16 o degli artt. 40 e 41 del *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* già citato, sarà richiesto di indagare le specifiche intenzioni sottese ad ogni operazione da parte degli Stati Uniti, rinunciando a generici accordi di assistenza.

Si presume pertanto che in tale modo gli agenti abbiano un maggior margine di manovra nella scelta delle pratiche antiterrorismo più efficaci, con un'anticipazione dell'intervento certamente discutibile perché foriero di de-responsabilizzazione. Viene in questo modo a cadere, infatti, uno dei possibili pilastri dell'impianto difensivo, fondato sulla contestazione della ragionevolezza dell'attacco, introducendosi una sorta di presunzione assoluta di ponderatezza della decisione sulla scorta di un mero sospetto di minaccia e non di minaccia vera e propria di attacchi terroristici.

È chiaro che a questo punto diventa centrale il problema se un ordine, che sia legittimo<sup>59</sup> per il sistema in cui si incasella il funzionario che lo emette, possa però essere illegittimo nella prospettiva della tutela dei diritti umani delle vittime collaterali dell'attacco e a questo punto, con le *PSP*, anche dei *target* designati; e se, conseguentemente, tanto incida anche sull'accertamento della responsabilità, con contestazione a catena dell'ammissibilità delle *PSP* stesse (e prima di queste della *PPG*) e delle *policies* e *procedures* che ne costituiscono attuazione, in una prospettiva di diritto internazionale dei diritti umani. Inoltre, l'individuazione dell'ordine come illegittimo potrebbe aprire le porte ad una sostanziale non antiggiuridicità della condotta dell'operatore, nei cui confronti si giustificherebbe l'applicazione della scriminante *ex art. 51 c.p.*, ove si considerasse l'ordine come insindacabile.

*PSP* e *PPG* sono però utili anche nella misura in cui facilitano l'individuazione dell'elemento soggettivo dell'autorizzatore. Si legge nel secondo di tali documenti che gli attacchi devono essere frutto di valutazioni dettagliate e si descrive il drone come strumento "notevolmente preciso e limitato in termini di danni collaterali": tradotto, ogni effetto collaterale, vista la precisione dello strumento, è previsto in misura assoluta o comunque notevolmente elevata. Questo indurrebbe l'esclusione di qualsiasi profilo di colpa, anche con previsione, rispetto al caso in cui l'attacco attinga soggetti diversi dai *target* selezionati, emergendo l'esistenza di una volontà di agire in vista dell'obiettivo, appunto voluto, dell'uccisione mirata; anche perché alla luce delle statistiche sui *collateral damages*, ove si affermasse la colpa, la frequenza degli errori dovrebbe indurre quantomeno ad un ripensamento della validità delle procedure applicate: alla data in cui si scrive, infatti, su 6.786 *strikes* confermati e su un totale di uccisi tra 8.459 e 12.105 soggetti, si contano tra 769 e 1.725 vittime non consentite<sup>60</sup>.

Imponendosi pur sempre un'analisi *case by case* degli indicatori fattuali del dolo (natura e modalità di svolgimento della condotta, luogo, durata ed eventuale reiterazione della stessa, comportamenti precedenti, dati e documenti a disposizione dell'agente, qualifica, contesto lecito o illecito di base, finalità della condotta e compatibilità con l'evento collaterale)<sup>61</sup>, è astrattamente intuibile come sia superata la soglia della mera prevedibilità e non accettazione dell'evento morte della vittima collaterale a tutto vantaggio di quella integrante le forme di dolo diretto o eventuale<sup>62</sup>. Così potrebbe sostenersi che l'autorizzazione sottendesse l'intenzione specifica e diretta di far saltare in aria il *compound* ove si trovava il *target* terroristico di

*contrast to the standard of care reflected in the instructions in the use of firearms by the police which had been drawn to their attention and which emphasised the legal responsibilities of the individual officer in the light of conditions prevailing at the moment of engagement (see paragraphs 136 and 137 above). This failure by the authorities also suggests a lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation*", sul sito della *Cedu*.

<sup>59</sup> La legittimità è qui intesa in senso formale, e riferita ad un ordine emesso in seno ad un rapporto di diritto pubblico, ad opera di un'autorità competente, nel rispetto delle forme prescritte ed il cui contenuto sia compatibile con gli incarichi propri di chi lo esegue "quanto all'essenza, ai mezzi ed al fine": cfr. Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 4194 del 27 gennaio 1987; Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 11159 del 10 giugno 1982.

<sup>60</sup> Si tratta di dati forniti dal database del *The Bureau Investigative Journalism*, disponibili a questo [link](#) (consultati l'ultima volta in data 27.09.2019).

<sup>61</sup> Per una lettura analitica dell'operare dei citati indicatori, si rinvia a Cucco e MAURI (2018) pp. 79-83.

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez.1, sent. n. 12954 del 29 gennaio 2008; cfr. altresì DOVA (2015), p. 13, che riporta e traduce quanto affermato da BGH, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 538 ss., secondo cui, "(...) in caso di condotte violente estremamente pericolose, è evidente che il reo fa i conti con la possibilità che la vittima possa morire e – poiché egli nondimeno prosegue nella sua azione – mette in conto un tale evento. Per questo motivo, in tali casi, è di massima possibilità trarre la conclusione che sussista il dolo eventuale, in ragione dell'obiettiva pericolosità della condotta del reo. A questo scopo c'è bisogno di una visione d'insieme di tutte le circostanze di fatto oggettive e soggettive del caso di specie, tra le quali sono soprattutto da includere l'oggettiva pericolosità della condotta, le modalità concrete di aggressione da parte del reo, le sue condizioni psichiche al momento della commissione del fatto e i suoi motivi"; ancora, nella letteratura straniera, si veda OHLIN (2013), pp. 79-130.

riferimento, e che la morte dei *target* non consentiti ivi presenti (certamente previsti alla luce della precisione della tecnologia del drone e delle informazioni dettagliate raccolte dall'*intelligence*) sia proprio il mezzo al fine caratteristico dell'intenzione diretta e prefigurato come probabile (dolo diretto); oppure che sia soltanto un rischio accettato, che si verifica pertanto come sopportata conseguenza, prevista in termini di possibilità, dell'azione diretta ad altro fine (dolo eventuale).

Collegata alla responsabilità di cui sopra è quella relativa all'ultimo dei soggetti della catena, chiamato ad eseguire materialmente gli ordini impartiti mediante la gestione diretta e da remoto del drone. Quasi come il giocatore di un *videogame* con in mano il suo innocuo *joystick*, il giocatore della "guerra del terrore" assume il compito di condurre in modo diretto l'operazione, attraverso la predisposizione del piano di volo del drone, la gestione diretta dei comandi, l'impostazione e il posizionamento del mirino dei missili e il loro rilascio sul *target*<sup>63</sup>. Che tipo di responsabilità imputare a tale soggetto nel caso in cui la sua condotta sia produttiva dell'evento lesivo non solo ai danni del bersaglio terroristico, ma vieppiù di un *target* non selezionato?

Tale accertamento interroga l'interprete sul versante dell'antigiuridicità prima ancora che su quello della colpevolezza. Mentre è certamente integrata la tipicità del fatto, coincidente con la morte della vittima non designata, le altre due dimensioni del reato, avvinte da un nesso di consequenzialità, appaiono di non agevole identificazione. Pur nella consapevolezza della relatività di tutte le considerazioni spendibili sul tema, è certo che un discorso sulla non antigiuridicità della condotta dell'operatore materiale ruota attorno all'identificazione della natura dell'ordine ricevuto dal soggetto a lui sovraordinato (innanzi identificato nell'autorizzatore) e nel maggiore o minore grado di discrezionalità nella sua esecuzione, e risulta preliminare a qualsiasi analisi sulla dimensione soggettiva del fatto.

Come già riferito, l'operatore nell'attivazione da remoto dei comandi del drone, agisce secondo le coordinate dettate a livello sovraordinato. Due le situazioni verificabili: a) la presenza delle vittime collaterali non è nota, o è nota ma non è comunicata all'operatore; b) l'autorizzatore è consapevole della possibile presenza *in loco* di soggetti non-*target*, e dell'attitudine dell'attacco ad attingerli in uno con le vittime terroristiche designate, e nonostante ciò impartisce l'ordine, fornendo il quadro di riferimento anche all'operatore.

La prima situazione fattuale non sembra di frequente verifica: alla luce delle indicazioni di cui alla PPG<sup>64</sup> e come già rilevato con riguardo al monitoratore, anche rispetto a questa ipotesi non pare peregrino il convincimento secondo cui nella prassi l'operazione è condotta con il possesso di conoscenze e dati in numero significativo e l'ordine di attacco postula la piena consapevolezza del contesto fattuale in cui esso è sferrato. Così si può sostenere che l'operatore riceva le informazioni necessarie per condurre il *drone strike* nei limiti di quanto necessario per il contenimento del rischio terroristico, rispondendo anch'egli al vincolo di cui alla PPG di adottare "harmonized policies and procedures" perché si abbia la "*near certainty that noncombatants will not be injured or killed*" (Sez. 1.E. n. 2).

Passiamo alla seconda situazione: esiste e, in caso positivo, qual è l'estensione della capacità dell'operatore di sindacare la (il)legittimità dell'ordine ricevuto? Nessuna indicazione è possibile rinvenire nella PPG<sup>65</sup>: pertanto, sebbene la meccanicità dell'attività compiuta da tale soggetto<sup>66</sup> induca a ritenere che egli non sia legittimato a compiere alcuna valutazione, in verità lo stesso non varrebbe ove il superiore gerarchico desse l'ordine specifico di attaccare un *target* non consentito<sup>67</sup>.

Sicché, fuori da tale ultima ipotesi, verrebbe in rilievo la possibile scriminabilità della condotta dell'operatore *ex art. 51 co. 4 c.p.*<sup>68</sup>. È chiaro che sposando tale assunto l'operatore

<sup>63</sup> Dà conto in modo drammatico e quasi romanzesco di tale asettica attività cfr. LANGEWIESCHE (2011), p. 77 e ss..

<sup>64</sup> Si legge già in apertura che "*Any direct action must be conducted lawfully and taken against lawful targets; wherever possible such action will be done pursuant to -omissis- a plan*".

<sup>65</sup> Di competenze a sindacare la legittimità dell'ordine dell'autorizzatore da parte dell'operatore, non è dato rintracciare indicazioni nella PPG, dove tra la Sezione 5 in tema di "*Procedures for Approving Proposals that Vary from the Policy Guidance Otherwise Set Forth in this PPG*" (p. 16) e la sezione 6 "*Procedures for After Action Reports*", si nota l'assenza del momento critico del *drone strike* vero e proprio.

<sup>66</sup> Che l'attività dell'operatore risulti prevalentemente "robotica" ed "esecutiva" è confermata dalle dichiarazioni rilasciate da *ex servicemen* statunitensi, come risultanti da interviste o testi letterari: si veda, tra gli altri, LANGEWIESCHE (2011); o le parole spese da Cian Westmoreland e Lisa Ling (le cui interviste sono riportate sui siti dei giornali *Theguardian.com* e *Aljazeera.com*).

<sup>67</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 38085 del 05 luglio 2012; Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 16703 del 11 dicembre 2008; sulla sindacabilità dell'ordine illegittimo nelle gerarchie delle forze armate e di polizia cfr. Cass. pen., Sez. 6, sent. n. 178 del 28 settembre 1984.

<sup>68</sup> Invero, parte della dottrina ritiene che in tale ipotesi la mancata configurazione del fatto si avrebbe in punto di colpevolezza, poiché la libertà dell'agente risulterebbe coartata da una pressione psicologica legata al rapporto gerarchico: così FIANDACA-MUSCO (2019), p. 432.

resterebbe indenne da responsabilità; e a monte l'autorizzatore, la cui decisione si legittimi nell'ordinamento delineato dalla PPG. Restando così il diritto penale escluso dal campo del *drone strike*, con buona pace di quanti sostengono, come si fa in questa sede, l'illegittimità della *Global War on Terror* e la sua afferenza all'area del IHL.

Lo scenario cambia, però, modificando il parametro di riferimento: ammettendo la sindacabilità della PPG in una prospettiva internazionale, la sindacabilità dell'ordine diventa possibilità e invita a ripensare la scriminabilità della condotta dell'operatore ex art. 51 co. 4 c.p. nel caso in cui l'ordine fosse illegittimo e non sia stato censurato, esclusa la possibilità di errori circa la sua natura (art. 51 co. 3 c.p.), e fatta salva la responsabilità dell'autorizzatore ai sensi del co. 2 della medesima norma. Ne seguirebbe la possibilità di contestare un'imputazione per omicidio volontario in concorso ex artt. 110-575 c.p., con l'attenuante, per l'operatore, prevista al combinato disposto degli artt. 114 co. 3 e 112 co. 1 n. 3 c.p..

Diversamente, nel caso in cui si ritengano le regole della PPG non sindacabili e si assuma come legittimo l'ordine impartito, l'analisi dell'interprete dovrà assestarsi sul piano della colpevolezza, verificando la dimensione dolosa o colposa della condotta esecutiva dell'operatore ove, nel primo caso, essa sia volontariamente produttiva dell'evento collaterale in spregio dell'ordine ricevuto, invece attento ad evitare il prodursi di danno "fuori *target*"<sup>69</sup>, oppure ove egli abbia agito con negligenza o imprudenza esecutiva<sup>70</sup>.

## 6. Conclusioni.

Insomma, in materia di *targeted killings* a mezzo droni armati, "l'uomo a terra" muoverebbe la leva salvando i cinque soggetti legati alle rotaie ma uccidendo l'unico legato al secondo binario, e "l'uomo magro" spingerebbe giù dal ponte quello grasso per fermare il treno: la decisione per l'azione è però ponderata e consapevole. L'inevitabilità dell'evento e la fatalità della situazione sono create artificialmente dall'agente, che le adotta come giustificazioni posticce ad una scelta uno contro cinque motivata da esigenze di sicurezza nazionale ed internazionale<sup>71</sup>. Potrebbe quindi il diritto penale punire "l'uomo a terra" e "l'uomo magro", prescindendo dalle motivazioni nobili di cui gli stessi si sono fatti portatori nel porre in essere la condotta?

Nel *drone strike* l'"uomo a terra" e l'"uomo magro" sono però figure plurisoggettive: certamente in esse vi rientrano l'autorizzatore e l'operatore, e di quest'ultimo, in specie, l'azione lesiva è intermediata da un'arma che crea una distanza fisica ed emotiva con le vittime, riducendo la percezione della dannosità della condotta consistente nel decidere l'attacco e manovrare il *joystick* (un po' come accade nel caso dell'uomo a terra che spinge la leva, e la cui condotta lesiva è indirettamente produttiva dell'evento collaterale alle vittime non designate); ma per di più la condotta è sostenuta dal convincimento circa la bontà dell'atto, come giustificato nella prospettiva della *Global War on Terror* da esigenze di tutela della sicurezza nazionale ed internazionale, al punto da ritenere sostenibili gli eventuali danni collaterali<sup>72</sup>. Ed allora, si potrebbe affermare che gli stessi Stati che ricorrono al drone come arma semi-autonoma per attuare politiche di *counterterrorism* siano fautori della scelta di agire "anche a costo di". Accanto però ad una responsabilità di tipo internazionale, la necessità di ricorrere allo strumento penale si giustifica in ragione della personale, colpevole e antiggiuridica condotta della catena di comando coinvolta nell'operazione. Escludere l'operare del diritto penale adducendo motivazioni legate a strategie antiterrorismo è un modo di de-responsabilizzare soggetti che gestiscono armi di grande impatto e di pericolosità massima, stante la separazione sul piano psichico, oltre che fisico, che determinano tra vittima e autore.

"L'uomo a terra" e "l'uomo magro" vanno pertanto puniti? La risposta che astrattamente dovrebbe darsi, alla luce delle considerazioni innanzi spese, pare essere positiva sebbene, come si è avuto modo di notare, gli elementi per accertare in concreto le responsabilità e per evitare una (facile) archiviazione scontano il limite della segretezza delle informazioni di Stato, dell'occultamento dei dati relativi alle operazioni già compiute, del diniego di cooperazione tra Stati per la costruzione di capi di imputazione su soggetti determinati.

<sup>69</sup> Cass. pen, Sez. 4, sent. n. 53150 del 28 settembre 2017; Cass, pen., Sez. 1, sent. n. 20123 del 20 gennaio 2011.

<sup>70</sup> TRINCHERA (2011).

<sup>71</sup> Sull'attribuzione di competenze in materia alla CIA e l'ampliamento delle stesse in casi di minaccia alla sicurezza nazionale provenienti da individui, si veda BANKS (2015), pp. 129-159.

<sup>72</sup> MELONI (2016), pp. 47-63.

Il diritto penale non può tuttavia rinunciare ad intervenire: lo chiedono le vittime sacrificate per “presunte giuste cause”; lo chiede la comunità internazionale, come argine al rischio di un’espansione incontrollata di decisioni di uccisioni mirate, già sindacabili di per sé, e vieppiù critiche se produttive di eventi collaterali come “costi sopportabili” in base a valutazioni acritiche. Perché non è detto che in tale caso il “treno del terrore” sia realmente fuori controllo e la morte collaterale sia necessariamente ineluttabile: la consapevolezza sottesa alla decisione di agire “anche a costo di” ha un peso, e il diritto penale è chiamato a quantificarlo, perché la scelta volontaria di uccidere uno per salvarne cinque non sia assunta a cuor leggero.

## Bibliografia

AMBOS, Kai (2007), “Il diritto penale del nemico”, in DONINI, Massimo – PAPA, Michele (editors), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (Milano, Giuffrè), pp. 29-64

ANZON, Adele (1976): “Segreto di Stato e Costituzione”, *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 2, pp. 1755-1799

BANKS, William C. (2015): “Regulating Drones. Are Targeted Killings by Drones Outside Traditional Battlefields Legal?”, in BERGEN, Peter L. e ROTHENBERG, Daniel (editors), *Drone Wars. Transforming Conflict, Law, and Policy*, (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 129-159

BERTO, Lucrezia (2017): “La responsabilità civile dei robot: dalla Risoluzione del Parlamento Europeo all’articolo 2043 c.c.”, *IusInItinere*

BIN, Roberto (2007): “Democrazia e terrorismo”, in DE MAGLIE, Cristina e SEMINARA, Sergio (editors): *Terrorismo internazionale e diritto penale* (Padova, Cedam), pp. 39-54

CERQUA, Luigi Domenico (2007): “Sulla nozione di terrorismo internazionale”, *Cassazione penale*, p. 1578

CUCCO, Carla e MAURI, Diego (2018): “Omicidi mirati a mezzo drone: brevi riflessioni a margine del caso “Lo Porto” tra diritto penale e diritto internazionale”, *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 65-90

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004): “La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37, pp. 1185-1211

DE WET, Erika (2018): “Complicity in the Violations of Human Rights and Humanitarian Law by Incumbent Governments Through Direct Military Assistance on Request”, *International and Comparative Law Quarterly*, 67, 2, pp. 287-313

DELLA MORTE, Gabriele (2009): “Sulla giurisprudenza italiana in tema di terrorismo internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, XCII, 2, p. 443-475

DI STASIO, Chiara (2010): *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, (Milano, Giuffrè)

DONINI, Massimo (2006): “Il diritto penale di fronte al “nemico””, *Cassazione penale*, pp. 735-777

DOVA, Massimiliano (2015): “Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e “soglia d’inibizione””, *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 4, pp. 368-384

ECCHR (2013): *Targeted Killing by Combat Drone. Expert opinion on the decision (File no. 3 BJs 7/12-4) of the Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice to discontinue investigatory proceedings into the killing of German national Bünyamin E. on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan*, *StateWatch.org*

- EMMERSON, Ben (2014): *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/25/59, *Ohchr.org*
- FARER, Tom e BERNARD, Frederic (2016): “Killing by Drone: Towards Uneasy Reconciliation with the Values of a Liberal State”, *Human Rights Quarterly*, 38, pp.108-133
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale*, VIII (Bologna, Zanichelli)
- FOOT, Philippa (1967): “The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect”, *Oxford Review N. 5, Philpapers.org*, pp. 5-15
- FULLER, Christopher J. (2018): “The Origins of the Drone Program”, *LawFare Blog*
- GREENE, Joshua (2007): “The Secret Joke of Kant’s Soul”, in SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, (editor): *Moral Psychology. Volume 3. The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development*, (Cambridge, MIT Press), pp. 35-80
- HALLEVY, Gabriel (2010): “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control”, *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2, 1, p. 171-201
- ISTITUTO DI RICERCHE INTERNAZIONALI ARCHIVIO DISARMO - IRIAD, (2017): *Droni Militari: Proliferazione o controllo?*, Sistema Informativo a Schede (SIS), Rapporto di ricerca (Roma), *IRIAD*
- JACKSON, Miles (2015): *Complicity in International Law*, (Oxford University Press)
- JAKOBS, Günther (2006): “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, in JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel (editors), *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Cuadernos Civitas), pp. 21-56
- KAUFMAN, Edy e WEISS FAGEN, Patricia (1981): “Extrajudicial Executions: an Insight into a Global Dimensions of a Human Rights Violation”, *Human Rights Quarterly*, 3, pp. 81-100
- KOH, Harold Hongju (2010): *The Obama Administration and International Law. Keynote Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law* (speech at Annual Meeting of the American Society of International Law), *U.S. Department of State*
- LANGEWIESCHE, William (2011): *Esecuzioni a distanza* (Milano, Adelphi)
- LANOVOY, Vladyslav (2016): *Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility*, (Oxford, Hart Publishing)
- LUBELL, Noam (2012), “The War (?) against Al-Qaeda”, in WILMSHURST, Elizabeth (editor), *International Law and the Classification of Conflicts* (Oxford, Oxford University Press), *SSRN*, pp. 421-454
- LUBELL, Noam e DEREIKO, Nathan (2013): “A Global Battlefield?: Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict”, *Journal of International Criminal Justice*, 11, 1, pp. 65-88
- LUBOLD, Gordon e BARNES, Julian E. (2016): “Italy Quietly Agrees to Armed U.S. Drone Missions Over Libya”, *The Wall Street Journal*
- MARIOTTI, Marco (2016): “La condanna della Corte di Strasburgo contro l’Italia sul caso Abu Omar. Corte Edu, IV sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09)”, *Diritto penale contemporaneo*
- MAURI, Diego (2016): “Droni a Sigonella: quale valore ha (e quale impatto produrrà) l’accordo italo-americano”, *Quaderni di SIDIBlog*, 3, pp. 319-325
- MAZZETTI, Mark (2013): “A Secret Deal on Drones, Sealed in Blood. Rise of the Predators”, *The New York Times*

MELONI, Chantal (2016): “State and Individual Responsibility for Targeted Killings by Drones”, in DI NUCCI, Ezio e SANTONI DE SIO, Filippo (editors): *Drones and Responsibility: Legal, Philosophical, and Socio-Technical Perspectives on Remotely Controlled Weapons*, (New York, Routledge), pp. 47-63

MELONI, Chantal (2017): “Sulla (il)legittimità degli omicidi mirati mediante i droni e i possibili ricorsi alle corti”, ISTITUTO DI RICERCHE INTERNAZIONALI ARCHIVIO DISARMO – IRIAD: *Droni Militari: Proliferazione o controllo?*, Sistema Informativo a Schede (SIS), Rapporto di ricerca (Roma), *ECCHR*, pp. 145-148

MELZEL, Nils (2008): *Targeted Killing in International Law* (Oxford University Press)

O’CONNELL, Mary Ellen (2013): “Spy vs. Soldier. The CIA may lose a power it never legally had”, *The New Republic*

OHLIN, Jens David (2013): “Targeting and the Concept of Intent”, *Michigan Journal of International Law*, 35, 1, pp. 79-130

OLIVERI DEL CASTILLO, Roberto (2005): “Lotta al terrorismo: garanzie e rischio se si amplia il concetto di fatto notorio”, *Diritto e Giustizia*, 20, pp. 77-79

OTTO, Roland (2012): *Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law* (Berlino, Springer)

PENNEY, Joe, SCHMITT, Eric, CALLIMACHI, Rukmini e KOETTL, Christoph, (2018): “C.I.A. Drone Mission, Curtailed by Obama, Is Expanded in Africa Under Trump”, *The New York Times*

PIKE, John (2011): “The Samsung Techwin SGR-A1 Sentry Guard Robot”, *GlobalSecurity.org*

ROSSI MERIGHI, Ugo (1994): *Segreto di Stato: tra politica e amministrazione*, Napoli, 1994

RUSCHI, Filippo (2017): *El Derecho, la guerra y la “técnica desatada”: consideraciones acerca del drone warfare*, in CAMPIONE, Roger e RUSCHI, Filippo (editors): *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 45-76

SAVAGE, Charlie e SCHMITT, Eric (2017), “Trump Poised to Drop Some Limits on Drone Strikes and Commando Raids”, *The New York Times*

SEIDMAN, Louis Michael (2004): “The Secret Life Of The Political Question Doctrine”, 37 *J. Marshall Law Review*, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, pp. 441-480

SETTI, Saverio (2015): “La tutela del segreto di Stato nella procedura penale”, *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*

SICILIANO, Domenico (2008): “L’abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto (La situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca)”, *Questione giustizia*, 4, pp. 173-176

*The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems* (2011), Joint Doctrine Note (JDN) 2/11 (Development, Concepts and Doctrine Centre (DCDC) – Ministry of Defence UK)

THOMSON, Judith Jarvis (1985): “The Trolley Problem”, *The Yale Law Journal*, 94, 6, pp. 1395-1415

TRAMONTANA, Enzamaría (2018): “Uccisioni mirate, legittima difesa preventiva e diritti umani”, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 12, 1, pp. 53-75

TRINCHERA, Tommaso (2011): “La Cassazione sulla strage di Nassiryah: l’adempimento dell’ordine del superiore non giustifica l’omesso impedimento dell’evento per negligenza o imprudenza. Nota a Cass. pen., Sez. I, sent. 20 gennaio 2011 (dep. 20 maggio 2011), n. 20123, Pres. Chieffi, Rel. Zampetti”, *Diritto penale Contemporaneo*

TUNG, Yin (2015): “Game of Drones: Defending against Drone Terrorism”, 2 *Texas A&M Law Review*, pp. 635-673

*Unmanned Aircraft Systems* (2017), Joint Doctrine Publication (JDP) 0-30.2 (Development, Concepts and Doctrine Centre (DCDC) – Ministry of Defence UK)

VELEZ-GREEN, Alexander (2015): “The South Korean Sentry - A “Killer Robot” to Prevent War”, *LawFare Blog*

VIGANÒ, Francesco (2006): “Terrorismo, guerra e sistema penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 648-703

VIGANÒ, Francesco (2007): “Terrorismo di matrice islamico fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale”, *Cassazione penale*, pp. 3953-3987

WEINBERGER, Sharon (2014): “Next generation robots have minds of their own”, *BBC*