

Dr. h.c. BURKHARD HIRSCH

Avvocato - Düsseldorf

DIRITTO ALL'UCCISIONE DI INNOCENTI?  
LA LOTTA SULLA SICUREZZA AEREA\*

SOMMARIO: 1. L'antefatto. – 2. L'udienza dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. – 3. Osservazioni sulla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 febbraio 2006 sull'incostituzionalità dell'abbattimento di aerei civili sulla base del § 14, comma 3, del *Luftsicherheitsgesetz* (LuftSiG) ha lasciato dietro di sé delle discussioni che durano fino a oggi. In particolare il Ministro federale degli interni e il Ministro federale della difesa\*\* dichiararono ripetutamente che la sentenza renderebbe la Repubblica federale incapace di reagire nei confronti di attacchi terroristici. Le forze armate federali dovrebbero poter utilizzare mezzi militari anche all'interno del paese. Il Ministro della difesa sottolineò che in futuro avrebbe ordinato l'abbattimento di aerei passeggeri, qualora l'avesse dovuto ritenere obbligatorio<sup>1</sup>. Il presidente del *Bundesverfassungsgericht*, prof. Heinz-Jürgen Papier, in seguito a ciò si sentì in dovere di ricordare pubblicamente al Governo federale l'effetto vincolante delle sentenze del Tribunale costituzionale, e che il primo Collegio del *Bundesverfassungsgericht* aveva adottato la

\* Traduzione a cura del Dr. jur. Domenico Siciliano dell'articolo *Recht zur vorsätzlichen Tötung Unschuldiger? Der Streit über die Luftsicherheit*, pubblicato in: A. VON ARNAULD/M. STAACK, *Sicherheit versus Freiheit*, Berlin, 2009, p. 57 ss. Si ringraziano la casa editrice BWV – Berliner Wissenschaftsverlag e gli editori per aver acconsentito alla pubblicazione.

\*\* L'autore si riferisce qui e in seguito, quando non dà ulteriori indicazioni, al Ministro federale degli interni e della difesa del Governo federale guidato dal 2005 al 2009 dalla Cancelliera Angela Merkel (CDU) con la cd. "Grosse Koalition" tra CDU/CSU e SPD, cioè rispettivamente a Wolfgang Schäuble (CDU) e a Franz Josef Jung (SPD). A tale governo è succeduto a seguito delle elezioni del settembre 2009 un governo guidato sempre da Merkel con una coalizione tra CDU/CSU e FDP, governo tuttora in carica. Il *Luftsicherheitsgesetz* è stato elaborato e proposto dal governo ancora precedente, il governo guidato dal 2002 al 2005 dal Cancelliere Gerhard Schroeder (SPD) con una coalizione tra SPD e *Grünen* [N. d. T.].

<sup>1</sup> Egli è rimasto di questa opinione anche in un procedimento di diritto amministrativo che è pendente presso il tribunale amministrativo di Köln e la Corte d'appello amministrativa di Münster.

sua sentenza all'unanimità e l'aveva fondata sull'art. 1 GG, che non può essere modificato nemmeno con una riforma costituzionale.

Questa controversia va ampiamente oltre la sua causa, il *Luftsicherheitsgesetz*. In gioco è la questione se lo stato di diritto sia limitato dalla Costituzione nel suo agire anche quando si tratta della protezione proprio di questo ordinamento giuridico e dei cittadini, o se invece si dovrebbe supporre con Josef Isensee che la violazione della Costituzione sia legale come diritto della necessità (*Notrecht*), quando tale violazione sia compiuta con l'intenzione di ritornare il più presto possibile allo stato di normalità<sup>2</sup>. Anche Helmut Schmidt, quando era Ministro degli interni in occasione dell'inondazione di Hamburg e più tardi come Cancelliere federale, si sarebbe posto al di sopra del diritto vigente, scrive Isensee. Queste sono sciocchezze. Finora nessun governo federale ha ancora voluto ordinare l'uccisione di innocenti. Se si diffama lo stato di diritto come incapace di agire, allora è il caso di ricordarsi della tesi di Carl Schmitt, secondo cui il detentore del potere nel caos produrrebbe diritto tramite le sue decisioni, una tesi che Schmitt ha esposto in un articolo vergognoso dopo il *Röhm-Putsch* nella *Deutsche Juristen-Zeitung*. Di recente è apparsa un'analisi della sentenza del giurista di Hamburg Reinhard Merkel<sup>3</sup>, acuta dal punto di vista dogmatico e in parte critica. Merkel concorda quanto al risultato con la sentenza, ma ritiene irrisolti i problemi da essa trattati. Egli lamenta giustamente «la formulazione [della legge] ai limiti della sciatteria» e cerca la soluzione del problema nella figura di diritto penale dello «stato di necessità difensivo» (*verteidigender Notstand*) senza però occuparsi del fatto che il pensiero del conflitto di coscienza individuale, fondamentale per le regole del diritto penale dello stato di necessità, qui sparisce in un coacervo di misure giuridiche e tecniche, e viene anonimizzato amministrativamente. Alcuni piloti dello squadrone di caccia *Richthofen* avrebbero inoltre detto in un'intervista che «al sistema si deve obbedire»<sup>4</sup>; un'opinione che anche il capo di stato maggiore dell'aeronautica militare tedesca Klaus-Peter Stieglitz ha sostenuto nell'udienza dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> J. ISENSEE, *Not kennt Gebot*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 21 gennaio 2008: «Se si verifica il caso di emergenza, un diritto di necessità non scritto e il fatto salvifico forniscono la legittimazione giuridica».

<sup>3</sup> R. MERKEL, § 14 *Abs. 3 LuftSiG. Wann und warum darf der Staat töten?* in K. GRAULICH/D. SIMON, *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin, 2007, p. 173 ss.

<sup>4</sup> *Hamburger Abendblatt* del 25 novembre 2004.

<sup>5</sup> Cfr. *infra* sub 2.

La storia del diritto è piena di esempi di decisioni su situazioni estreme che sembrano far saltare le norme del diritto, dalla famosa tavola di Carneade fino alle sentenze dei tribunali del mare inglesi sul cannibalismo di naufraghi. Nel nostro tempo le dimensioni sembrano cambiare anche perché l'uccisione di esseri umani può avvenire per così dire "asetticamente", come in una macchina, in modo del tutto impersonale. Il pilota dell'aereo da caccia uccide centinaia di esseri umani nell'aereo passeggeri premendo solo una volta un bottone. Il suo bilanciamento su ciò che è diritto avrebbe risultati diversi se dovesse fucilare uno per uno gli esseri umani in questione, uomini, donne e bambini?

Settori dell'attuale Governo federale continuano a coltivare l'intenzione di costruire nel diritto nazionale o europeo un nuovo fondamento giuridico per l'utilizzo delle forze armate all'interno dietro impiego di mezzi militari, così per esempio nella cosiddetta clausola di solidarietà del progetto di Carta costituzionale europea e nel Trattato di Lisbona<sup>6</sup>. Il tema cioè non è in alcun caso risolto.

### 1. *L'antefatto*

Punto di partenza della valutazione di diritto internazionale dei dirottamenti di aerei è il Trattato di Tokio del 14 settembre 1963<sup>7</sup>. Gli stati contraenti avevano allora pattuito che anche i dirottamenti aerei terroristici non dovessero essere trattati come azioni militari o di guerra, ma che dovessero essere considerati nel diritto nazionale come delitti. La Repubblica federale ratificò il trattato e adempì a questo obbligo con l'introduzione del § 316 c StGB. Dirottatori di aerei che agiscono in modo terroristico non sono soggetti di diritto internazionale, non sono soldati, combattenti per la libertà o combattenti, ma criminali. I loro fatti non fanno scoppiare nessuna guerra, ma sono soggetti al diritto penale.

Un notevole significato politico ricevette il presunto volo fuori rotta su di una zona militare russa proibita di un Boeing 747 coreano (volo KAL 007 del 1° settembre 1983). Questo apparecchio fu abbattuto da aerei da combattimento russi. Così morirono duecentosessantanove persone, tra passeggeri e membri dell'equipaggio.

Questo fatto condusse a una riunione straordinaria del Consiglio di sicu-

<sup>6</sup> Il Trattato di Lisbona è stato ratificato nell'aprile 2008 dal *Bundestag* e nel maggio 2008 dal *Bundesrat*. Cfr. *Bundestag-Drucksache* 16/8300.

<sup>7</sup> Cfr. *Bundesgesetzblatt* (BGBl.), 1969, II, p. 121.

rezza delle Nazioni unite e alla decisione ICAO [*International Civil Aviation Organisation*] dell'art. 3 *bis* del Trattato di Chicago. Gli stati contraenti si obbligarono nuovamente, fatti salvi i loro diritti all'autodifesa derivanti dalla Carta delle Nazioni unite<sup>8</sup>, a non usare mai le armi contro un aereo civile che si trovasse in volo e a non mettere in pericolo la sicurezza dell'apparecchio e dei passeggeri<sup>9</sup>. La disciplina permette infatti di costringere ad atterrare un aeroplano in presenza di motivi ragionevoli, tuttavia vieta definitivamente l'impiego immediato di armi. La disciplina è entrata in vigore il 1° ottobre 1998, dopo che il Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite nella sua Risoluzione 1067 del 26 luglio 1996 aveva stabilito espressamente che l'impiego di armi contro aerei civili viola fondamentali regole elementari di umanità.

Anche dopo l'11 settembre 2001 l'assemblea generale dell'ICAO del 5 ottobre 2001 si è attenuta a questa decisione fondamentale. Essa ha esortato veementemente gli stati contraenti con la risoluzione A 33-1 a evitare l'abuso di aerei di linea e a punire con durezza i rei. Ma né in tale risoluzione né in un Parlamento nazionale degli stati contraenti è stato richiesto di revocare la regolamentazione vincolante dell'art. 3 *bis* del Trattato, che è divenuta parte integrante del diritto tedesco<sup>10</sup>.

Una modificazione di questa situazione di diritto internazionale nel senso di un'opinione o prassi statale conforme che contraddica i patti ora ricordati, non è in vista.

Dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 al *World Trade Center* a New York e al Pentagono a Washington nell'ufficiale cd. «9-11 Commission Final Report» della *US National Commission on Terrorist Attacks* fu ricostruito nei dettagli come le forze aeree statunitensi erano state messe in allarme e perché non trovarono gli aerei passeggeri che dovevano abbattere. Vengono riportati i commoventi colloqui telefonici dei passeggeri e i coraggiosi tentativi di sovrappassare i dirottatori. Si pensa ai passeggeri con grande rispetto. Ma non viene

<sup>8</sup> A questo riguardo MARTIN KUTSCHA ha giustamente ricordato che il diritto all'autodifesa ex art. 51 della Carta ONU e le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che sono state prese con riferimento a esso, in nessun caso legittimano a condurre una guerra contro il terrorismo accantonando le regole della propria Costituzione. Cfr. M. KUTSCHA, *Terrorbekämpfung jenseits der Grundrechte?* in *Recht und Politik (RuP)*, 2006, p. 202 ss. Anche in caso di difesa (*Verteidigungsfall*) ex art. 115a ss. GG, non vengono certo sospesi i diritti fondamentali. Cfr. *Bundesverwaltungsgericht*, 21 giugno 2005 (2 WD 12.04), e K. IPSEN, *Völkerrecht*, 5 Aufl., München, 2004, p. 1213 ss. e 1250 ss.

<sup>9</sup> Cfr. *Bundesgesetzblatt (BGBl.)*, 1996, II, p. 210.

<sup>10</sup> Cfr. sul punto in dettaglio K. IPSEN, *Völkerrecht*, cit., p. 920 ss., 922, 924.

né ricordato né valutato il fatto che i piloti degli aerei da combattimento avevano l'ordine di ucciderli assieme ai rapitori<sup>11</sup>.

Gli stati industriali europei e la Repubblica federale imitarono ampiamente la legislazione americana prevalentemente in un "volo alla cieca parlamentare". Il 5 gennaio 2003, il Ministro degli interni dell'Assia si sentì in dovere di richiedere l'intervento di aerei Tornado delle forze armate senza avere una base giuridica per difendersi da un folle alla guida di un aliante a motore sul centro della città di Francoforte sul Meno. Il caso fu risolto perché la torre di controllo dell'aeroporto di Francoforte sul Meno poté convincere ad atterrare il pilota evidentemente malato di mente.

Questo caso fu l'ultima occasione per la novella del LuftSiG. Questo – oltre a introdurre numerose nuove disposizioni sulla sicurezza dell'aria – doveva legittimare l'abbattimento di un aereo passeggeri tramite «l'azione immediata di armi contro l'aereo» a discrezione del Ministro della Difesa «se secondo le circostanze si deve ritenere (...) che l'apparecchio verrà impiegato contro la vita di esseri umani»: una riformulazione del fatto enormemente raffinata. Qui restò aperta la questione circa il criterio secondo il quale il Ministro della difesa – e i soldati e gli uffici che lo consigliano – dovrebbero decidere della vita e della morte. Dovrebbe essere decisivo il numero delle possibili vittime, la loro rilevanza politica, sociale o di altro tipo oppure il valore simbolico dell'obiettivo in cui esse si trovano? Come deve essere bilanciata la supposta messa in pericolo degli uni contro la morte certa degli altri? Chi ha la responsabilità per gli ulteriori "danni collaterali" a terra, cioè per quanti altri esseri umani perdono la vita sul luogo dell'impatto dell'aeroplano abbattuto?

Già prima dell'entrata in vigore della nuova legge il *Bund* e i *Länder* organizzarono un sistema di allarme, tramite il quale per il caso di voli, che apparivano irregolari – c.d. *Renegade flights* – venivano allertate le squadre di allarme di aerei da combattimento a reazione e avvicinate all'aereo civile.

Non è necessario elencare in questo contesto i dettagli tecnici e organizzativi, così come la delimitazione della competenza tra il Comandante NATO da una parte e la centrale di comando tedesca a Kalkar dall'altra.

La Sicurezza del volo comunica a titolo precauzionale ogni deviazione di

<sup>11</sup> Il rapporto non spreca una parola – e naturalmente non lo fa nemmeno l'opinione pubblica tedesca – su quanti esseri umani avrebbero perso la loro vita se gli apparecchi carichi di passeggeri fossero stati abbattuti e fossero precipitati sulle aree cittadine di New York o Washington, senza che si fosse potuto fondare l'uccisione degli esseri umani morti in tale occasione con un qualsiasi numero di persone salvate in tal modo.

un aereo dalla rotta di navigazione comunicata o l'interruzione del contatto radio a un posto di controllo, al cd. «NLFZSiLuRa», cioè al «Nationales Lage- und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum» («Centro di comando nazionale sicurezza nello spazio aereo») a Kalkar.

Il c.d. *NLFZSiLuRa* è un'organizzazione del Governo federale, e cioè insieme del Ministro federale per gli interni, del Ministro della difesa e di quello per le comunicazioni. Esso ottiene le sue informazioni sulle tracce di volo da postazioni per la sicurezza dell'aria della NATO così come da sedi della *Deutsche Flugsicherung DFS* (=sicurezza tedesca del volo) a Brema, Berlino, Karlsruhe, Maastricht, Monaco e Langen. Esso ha a disposizione di volta in volta quattro aerei intercettori pronti in 15 minuti appartenenti agli stormi di caccia a Wittmund e Neuburg.

La NATO ha predisposto per la classificazione di un aeroplano come «Renegade» quattro criteri, dei quali almeno due debbono essere adempiuti:

- a. perdita del contatto radio;
- b. deviazione dal piano di volo autorizzato;
- c. inosservanza delle indicazioni della Sicurezza del volo;
- d. mancata attivazione della segnalazione secondaria.

Si ha un caso *Renegade* se due di questi criteri sono adempiuti. A quanto pare, sono relativamente frequenti disturbi nel traffico radio, quando un apparecchio lascia il settore seguito da un controllore di volo e deve contattare il prossimo settore. Capita che allora si cerchi addirittura di stabilire un contatto con l'aeroplano tramite la frequenza di emergenza internazionale. Ma anche se in un reale caso di sequestro l'equipaggio riuscisse ancora a mettere il transponder sul codice internazionale 7.500 predisposto per tale eventualità, ciò non permette assolutamente di sapere quali intenzioni e scopi abbiano il sequestratore o i sequestratori, o se essi abbiano addirittura intenzione di usare l'aereo come arma.

Qualora siano adempiuti i criteri *Renegade*, parte l'allarme «alpha scramble» dal comando NATO, a cui in primo luogo sono sottoposte le forze armate dell'aria. Nella misura in cui si tratta di atti di guerra da parte di aerei militari, i componenti della NATO – come ha spiegato nell'udienza davanti al *Bundesverfassungsgericht* il Governo federale – hanno conferito collettivamente i loro diritti di sovranità a uffici della NATO in base all'art. 5 del Trattato<sup>12</sup>. Le truppe

<sup>12</sup> Laddove è pacifico secondo il diritto internazionale che anche il semplice volo antigiuri-

dell'alleanza sono soggette al Comando NATO fino a che si può escludere un dovere di attivazione del dispositivo di mutua difesa collettiva (*Bündnisfall*). Corrispondentemente si trova a Kalkar oltre che il *NLFZSiLuRa* anche il *Combined Air Operation Center 2* (*CAOAC 2*), un ufficio NATO per la sorveglianza dello spazio aereo della *Air Policing Area 2* (*APA 2*). Quando si verifica un contrattempo aereo, per esempio la perdita del contatto radio con l'aeroplano, si accerta in primo luogo se si tratta di un aereo militare o civile. Se si tratta di un aereo civile, il *NLFZ* deve inoltrare alla NATO un *Request of Authority*, che viene confermato tramite un *Transfer of Authority*. Da questo momento la responsabilità esclusiva e il comando sulle squadre di allarme è presso le autorità tedesche.

È degno di nota che il Ministro della difesa negli attuali dibattiti nonostante questa situazione giuridica si vuole sempre di nuovo riferire al fatto che i casi del § 14, comma 3, *LuftSiG* rappresentano una specie di «quasi-guerra» (*Quasi-Kriegsfall*), poiché la NATO avrebbe attivato dopo l'11 settembre 2001 il dispositivo di mutua difesa collettiva. Indipendentemente dal fatto che questo argomento sia insostenibile anche secondo il diritto costituzionale tedesco, ciò condurrebbe semmai a un generale difetto di competenza delle autorità tedesche e quindi dello stesso Ministro della difesa.

Non appena viene segnalata un'irregolarità nel traffico aereo, la centrale cerca di raggiungere la cabina di pilotaggio tramite le frequenze della radio di volo o della linea aerea. Contemporaneamente viene avvertito il centro apposito del Ministero federale degli interni, che deve a sua volta informare i centri dei *Länder*. La *NLFZ* informa il Capo di stato maggiore dell'aeronautica militare tedesca, il c.d. «German Air Defence Commander» (*GE ADCOM*), che a sua volta informa il Ministro federale della difesa. Essi non possono aprire proprie inchieste. Piuttosto il Capo di stato maggiore dell'Aeronautica militare e il Ministro della difesa debbono avere fiducia nelle dichiarazioni al telefono dell'ufficiale di impiego nel c.d. «comando tattico» della *NLFZ*, che propone una decisione. Una reale informazione adeguata temporalmente o addirittura una consultazione non è più possibile, quando la temuta sciagura è prevista nello spazio di tempo di meno di 10 minuti.

La messa in stato di allarme e l'impiego delle forze armate federali avvengono dunque in un momento in cui la questione se sussista un rilevante contrattempo aereo ai sensi del § 13, comma 1, *LuftSiG* e incomba una sciagura

dico di un aereo militare nello spazio aereo di un altro stato non dà luogo ad alcun caso di difesa. Cfr. K. IPSEN, *Völkerrecht*, cit., p. 804 ss.

particolarmente grave non può essere nemmeno valutata in modo rudimentale. Negli ultimi cinquant'anni prima dell'11 settembre 2001 sono stati dirottati per i motivi più disparati più di cinquecento aerei. In circa trecento casi il tentativo di sequestro poté essere sventato. Il caso dell'11 settembre 2001 è l'unico conosciuto di una catastrofe di massa causata consapevolmente con un aereo dirottato<sup>13</sup>. Dunque dall'adempimento di due criteri della NATO non può essere dedotto che siano adempiuti i presupposti che il LuftSiG richiedeva per l'impiego delle forze armate.

Il numero dei casi di decolli d'allarme delle forze armate indicati come «*alpha-scramble*» è sorprendentemente alto. Il Ministero federale della difesa, su richiesta, ha confermato che i caccia intercettori già prima dell'entrata in vigore della legge furono guidati fino a tre volte in un mese verso un aereo civile «per proteggere lo spazio aereo»<sup>14</sup>. Nell'anno 2004 si sono verificati nell'insieme 444 semplici casi di contrattempi aerei, laddove in 31 casi le squadre d'allarme delle forze armate furono messe in uno stato di allerta intensificato per il pronto impiego e in ulteriori 39 casi si ebbe un decollo d'allarme con il compito di verificare ed eventualmente di intervenire. Nell'anno 2005 vi furono fino al 1 settembre 2005 nel complesso 254 casi di semplici contrattempi aerei. Non dispongo di nuovi dati. Tuttavia, alla luce delle informazioni finora assicurate, si deve però sostenere che nella Repubblica federale vi sono da due a tre decolli d'allarme al mese, in tutti i casi verificatisi finora senza motivo criminale.

Su alcuni di questi fatti è stato riferito nei media, perché gli aerei da combattimento delle forze armate furono osservati e fotografati dai passeggeri stupiti, così come nel caso del volo Charter LTU 139 per Düsseldorf della compagnia aerea spagnola Futura del 19 ottobre 2004. In questo caso si trattò probabilmente di un errore del pilota che non doveva aver comunicato in tempo il volo<sup>15</sup>.

In un altro caso il 1° luglio 2004 fu posto fine al sequestro di un apparecchio dirottato dal reo verso Monaco in altro modo e spettacolarmente, senza l'impiego degli aerei da combattimento che già incrociavano nella zona. Atterrati a Monaco, con una pedata un passeggero turco aveva buttato fuori dallo sportello dell'aereo aperto sulla pista sottostante il sequestratore, che era

<sup>13</sup> Cfr. P. WILKESMANN, *Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2002, p. 1316.

<sup>14</sup> Cfr. *Financial Times Deutschland* del 14 gennaio 2005.

<sup>15</sup> Cfr. *Bild-Zeitung* del 20 ottobre 2004, p. 6.

armato con una finta pistola e aveva spacciato il suo telefono cellulare per una bomba<sup>16</sup>.

L'ultimo caso diventato pubblico si verificò il 5 gennaio 2005 con un Boeing 737, volo nr. 330 X della società danese Maersk sul volo Lisbona-Copenaghen. Questo apparecchio fu intercettato da due caccia Phantom delle forze armate tedesche e accompagnato a lungo, perché il contatto radio era interrotto. I piloti militari dovettero essere stati molto in agitazione, perché non erano potuti entrare né in contatto radio né, a causa delle cattive condizioni di visibilità, in contatto visivo con i piloti dell'aereo civile<sup>17</sup>. Solo più tardi si accertò che l'interruzione del contatto radio per oltre quarantacinque minuti aveva avuto motivi tecnici. I piloti civili si erano comportati in modo assolutamente irreprensibile. Nel caso di interruzione del contatto radio, secondo le disposizioni internazionali essi debbono continuare il volo verso l'aeroporto di destinazione, corrispondentemente all'autorizzazione ottenuta precedentemente.

Il caso più conosciuto proviene dai primi tempi dell'esperienza di terrorismo della Repubblica federale. Durante la cerimonia di chiusura dei giochi olimpici del 1972 a Monaco il Ministro della difesa di allora Julius Leber ricevette l'informazione errata secondo cui un aeroplano sequestrato stava volando verso lo stadio con una bomba a bordo. Egli avrebbe dovuto ordinare l'abbattimento. All'ultimo istante, l'assolutamente innocuo aereo passeggeri finlandese con centosettanta persone a bordo si mise in contatto e atterrò all'aeroporto di Monaco. I suoi apparecchi radio si erano temporaneamente guastati. È incomprendibile come questo caso venga sempre di nuovo addotto nei dibattiti politici come giustificazione delle opinioni dell'attuale Ministro della difesa, mentre esso mostra in realtà come una catastrofica decisione errata possa essere presa facilmente a causa di circostanze esterne.

La disciplina legislativa ricordata e la sua applicazione fino a ora nello spazio aereo della Repubblica federale hanno creato inquietudine anche tra i piloti delle forze armate federali. Questo risulta non solo dal timore di ricevere un giorno l'ordine di dover abbattere un aereo di linea pieno di passeggeri. Anche per i piloti delle forze armate si pongono questioni esistenziali di carattere etico e giuridico, tanto più che il richiamo allo «stato di necessità sovral legislativo» anche secondo l'opinione dell'associazione di rappresentanza degli interessi delle forze armate tedesche (*Bundeswehrverband*) non cambierebbe

<sup>16</sup> Cfr. *Süddeutsche Zeitung* del 1° luglio 2004, p. 36.

<sup>17</sup> Cfr. *Bild-Zeitung* del 18 gennaio 2005.

nulla per quanto riguarda la responsabilità penale personale del Ministro e del pilota delle forze armate. L'ordine di abbattimento sarebbe diretto alla commissione del delitto di un omicidio plurimo anti-giuridico, e perciò anti-giuridico e non vincolante.

Per di più, per esempio alcuni piloti dello squadrone da caccia 71 in un'intervista all'*Hamburger Abendblatt* avevano inizialmente dichiarato che, in presenza di un ordine, avrebbero abbattuto anche dai duecento ai trecento passeggeri. In quanto professionisti, si dovrebbe confidare nel fatto che il sistema funziona: «Il sistema chiede obbedienza». Questi piloti pensano che alla fine saranno “esenti da pena”, e che invece potranno essere fatte valere nei loro confronti delle pretese di diritto civile. E che le loro famiglie potrebbero soffrirne le conseguenze<sup>18</sup>.

Il Governo federale di allora<sup>\*\*\*</sup> con il LuftSiG aveva voluto limitare l'impiego delle forze armate federali all'interno alla difesa contro un attentato compiuto utilizzando un aeroplano. Invece la CDU/CSU si rifece, sfruttando l'occasione – che le sembrava favorevole – alla sua vecchia richiesta di poter impiegare in modo polivalente le forze armate all'interno «per il mantenimento o il ristabilimento della sicurezza e dell'ordine pubblico» contro atti terroristici, per così dire come prolungamento della polizia con mezzi militari, per esempio per la protezione di obiettivi civili, ma anche per il sostegno della polizia con mezzi militari, in particolare per la generale prevenzione dei pericoli nel caso di un qualsivoglia attacco dall'aria o dal mare.

Questo scopo prefissato sarebbe del resto quasi stato ottenuto tramite la ratificazione della Carta costituzionale europea. La clausola di solidarietà dell'art. I-43 della Carta costituzionale europea in connessione con l'art. III-329 prevedeva l'impiego all'interno di mezzi militari per la lotta contro il terrorismo, laddove era prevista la disciplina dei dettagli con decisione europea del Consiglio, senza la partecipazione dei parlamenti. Questa “clausola di solidarietà” non fu richiamata con alcuna parola nel dibattito sulla ratifica al *Bundestag*, sebbene essa toccasse elementari fondamenti costituzionali. Essa è contenuta senza modificazioni nel Trattato di Lisbona<sup>\*\*\*\*</sup>. Sembra che ci si voglia tranquillizzare con il fatto che l'impiego all'interno della Repubblica federale potrebbe verificarsi indipendentemente dal diritto europeo solo secondo le

<sup>18</sup> Cfr. sopra nota 4.

<sup>\*\*\*</sup> Si tratta qui del Governo guidato dal Cancelliere Schroeder dal 2002 al 2005 con una coalizione tra SPD e *Grünen*. [N. d. t.].

<sup>\*\*\*\*</sup> Cfr. sopra nota 6 [N. d. t.].

regole della nostra Costituzione.

L'art. 87a GG fissa come compito delle forze armate espressamente la difesa e, oltre a ciò, determina chiaramente che queste possono essere impiegate solo se il *Grundgesetz* lo permette espressamente. Con ciò doveva non solo essere considerata la preoccupazione diffusa nel Parlamento e nell'opinione pubblica che si potesse abusare delle capacità delle forze armate federali per risolvere problemi di politica interna. Apparteneva al consenso politico fondamentale in occasione del c.d. «riarmo» che questa armata di leva potesse essere impiegata proprio solo in completo accordo con una maggioranza costituente, cioè sulla base di un'espressa deliberazione costituzionale.

Poiché nel dibattito sul *Luftsicherheitsgesetz* non era intravedibile alcuna maggioranza per modificare la Costituzione, il Governo federale del tempo costruì l'impiego delle forze armate da esso auspicato come assistenza amministrativa (*Amtshilfe*) nello svolgimento di un compito di polizia ai sensi dell'art. 35 GG e immise nel procedimento di formazione delle leggi il corrispondente progetto di legge per la nuova disciplina di compiti di sicurezza dell'aria, proponendolo al *Bundesrat* il 7 novembre 2003.

Il *Bundesrat* dichiarò nella sua seduta del 19 dicembre 2003 che all'ampia nuova regolamentazione dei compiti di sicurezza dello spazio aereo in realtà non sarebbe ricollegabile alcun guadagno in sicurezza aggiuntiva. Tale regolamentazione condurrebbe piuttosto a una confusione delle competenze, nonché a rilevanti carichi per le istituzioni e le persone addette alla sicurezza dell'aria, senza introdurre procedimenti più efficienti<sup>19</sup>. Contro la disciplina dell'impiego delle forze armate furono anche fatti valere importanti rilievi di diritto costituzionale, nel senso che essa violerebbe le indicazioni di diritto costituzionale sull'assistenza amministrativa<sup>20</sup>.

I *Länder* federali Baviera, Assia, Sassonia e Turingia presentarono il 5 marzo 2004 un'ampia proposta di legge di modifica costituzionale<sup>21</sup>, che fu ripresa dalla frazione al *Bundestag* della CDU/CSU come progetto di legge per la modifica degli art. 35 e 87a GG del 9 marzo 2004, fu proposta al *Bundestag* e là rigettata il 18 giugno 2004 dalla maggioranza della coalizione.

Per poter aggirare la resistenza del *Bundesrat*, furono tolte dal progetto di

<sup>19</sup> Cfr. sul punto ampiamente A. MEYER, *Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2004, p. 203 ss.

<sup>20</sup> Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 827/1/2003.

<sup>21</sup> Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 181/2004; *Bundestag-Drucksache* 15/2649; *Plenarprotokoll-Bundestag* 15/115.

legge tutte quelle parti che, secondo l'opinione della coalizione, avrebbero potuto fondare un obbligo di assenso da parte del *Bundesrat*. Dopo che il *Bundestag* in seguito a un'audizione il 26 aprile 2004 aveva deliberato la proposta di legge del Governo federale senza modificarla nelle sue parti essenziali, nella sua seduta del 9 luglio 2004 il *Bundesrat* ripropose le sue obiezioni di diritto costituzionale e di carattere oggettivo<sup>22</sup>. Dopo un procedimento di mediazione privo di risultati, il 24 settembre 2004 il *Bundestag* rigettò il ricorso del *Bundesrat* dello stesso giorno.

Il Presidente federale, nonostante le sue riserve di diritto costituzionale contro l'impiego delle forze armate all'interno e contro l'uccisione di esseri umani innocenti connessa all'abbattimento di aerei con passeggeri, ha firmato la legge e nella sua dichiarazione stampa n. 15/05 del 12 gennaio 2005 si è augurato una verifica della stessa dinanzi al tribunale costituzionale. La legge è entrata in vigore il 15 gennaio 2005.

## 2. L'udienza dinanzi al Bundesverfassungsgericht

L'udienza dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*<sup>23</sup> diede sotto più profili motivo di dubitare della serietà della legislazione.

Il Ministro federale degli interni Otto Schily arrivò espressamente a dichiarare che non è pensabile alcun caso in cui la legge realmente potrebbe portare all'abbattimento di un aereo sequestrato con passeggeri a bordo<sup>24</sup>. Alla luce della ristrettezza dello spazio aereo e dell'alta densità della popolazione della Repubblica federale, la sicurezza di una prognosi sul danno da attendersi, necessaria per un abbattimento, potrebbe a malapena essere raggiunta. La domanda, per quale motivo sia allora stata fatta la legge, restò priva di risposta.

Controverso rimase anche il contenuto voluto della legge. Mentre il deputato Dieter Wiefelspütz (SPD) sottolineava più volte che la sua frazione aveva accettato l'eventualità dell'uccisione dei passeggeri e che egli riteneva ciò anche necessario, il deputato Hans-Christian Ströbele (*Die Grünen*) dichiarava che la sua frazione aveva sempre rifiutato proprio questa conseguenza. Que-

<sup>22</sup> Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 509/1/2004.

<sup>23</sup> Con il ricorso costituzionale, tra gli altri anche di chi scrive, fu collegato anche il ricorso dei *Länder* Baviera e Assia, che fecero valere il fatto che la legge abbisognava dell'assenso [del *Bundesrat*: N. d. T.]. Cfr. la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 febbraio 2006, in: *BVerfGE* 115, 118 ss.

<sup>24</sup> Cfr. la memoria del Governo federale del 3 ottobre 2005, p. 2.

sto sarebbe stato il motivo della singolare formulazione del § 14, comma 3, LuftSiG, in cui si parlerebbe solo di azione immediata con le armi nei confronti di un aeroplano, ma non di un'uccisione delle persone che vi si trovano dentro. La maggioranza parlamentare aveva trovato in una questione di vita e di morte una formula dilatoria di compromesso per nascondere il suo dissenso nei confronti di opposizione e pubblica opinione, un fatto unico e inaudito nella storia parlamentare.

Restò senza risposta anche la domanda su chi porti la responsabilità giuridica e di fatto circa il luogo in cui precipita un apparecchio abbattuto e quale danno e quante vittime vengono causate in tale circostanza. Il ministro, al momento dell'ordine di abbattimento, non è in grado di valutare ciò, ed è più che incerto che lo possa fare il pilota. Il capo di stato maggiore dell'aeronautica militare rigettò ogni responsabilità:

«Un ordine è un ordine. Quando viene dato l'ordine di abbattimento, si abbatte. Chi si rifiuta di obbedire, finisce dinanzi al tribunale militare».

Fu anche accuratamente spiegato che il LuftSiG si riferisce non solo a sequestri motivati dal punto di vista terroristico, ma anche semplicemente a rotte aeree irregolari, che siano causate da insani di mente, da "normali" criminali o da rei politicamente motivati. Era indiscusso che la legge dovesse valere anche indipendentemente dal fatto che l'aeroplano fosse decollato nella Repubblica federale o fosse invece volato nello spazio aereo di questa, non importa da dove.

Fu discusso nei dettagli – in particolare con i piloti partecipanti – che né il NLFZSiLuRa – il *Nationales Lage und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum* – né gli uffici collegati a esso o i piloti delle forze armate avvicinati all'aeroplano possono riconoscere con sufficiente sicurezza se l'aeroplano abbia solo problemi tecnici o se invece venga sequestrato, perché e con quale intenzione. Questo vale ancor più, dal momento che non si può più assumere che un pilota attivi il dispositivo *Transponder 7.500* previsto per i casi di dirottamento, se deve prevedere che in seguito a ciò venga abbattuto da un aereo militare.

### 3. Osservazioni sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht

La decisione del *Bundesverfassungsgericht* si basa su due motivi entrambi radicali, sul difetto di competenza del *Bund* a legiferare e sulla violazione dell'art. 1, comma 1, GG.

L'assistenza amministrativa delle forze armate federali nell'ambito dell'art. 35 GG non permette alcun impiego di armi militari, ma segue il diritto di polizia del Land a cui le forze armate prestano aiuto. Il *Bundesverfassungsgericht* ha in questo contesto ampiamente spiegato che al legislatore federale manca la competenza a legiferare per ordinare un impiego militare contro un aereo passeggeri sequestrato, non importa con quale intenzione, già perché non si tratta di un caso di difesa, ma della protezione da una catastrofe e del connesso aiuto a seguito della stessa. La disciplina si dovrebbe pertanto mantenere in questo ambito, e non potrebbe trovarsi in contraddizione con le disposizioni cogenti di diritto della difesa, in particolare con l'art. 87a, comma 2, GG. Questo vale anche nel caso di un sequestro di aeroplano indipendentemente dai motivi, dagli scopi e dalle intenzioni dei sequestratori. Il sequestro è un delitto e l'aiuto nelle catastrofi non è una guerra.

L'art. 87a, comma 2, GG, fondamentale per la costituzione della difesa, va interpretato in maniera indiscussa secondo il «precetto della stretta fedeltà al testo» (*Gebot der strikten Texttreue*). Gli impieghi di militari all'interno debbono corrispondere agli stretti presupposti dell'art. 87a, comma 4, GG<sup>25</sup>. Un'interpretazione estensiva «dalla natura della cosa» non dovrebbe essere possibile. Un impiego delle forze armate all'interno che vada oltre questi limiti, è legato a una decisione espressa del legislatore costituzionale, cioè al sapere e volere, al chiaro consenso di una maggioranza che modifica la Costituzione<sup>26</sup>. Pertanto sarebbe possibile una modifica della situazione giuridica tramite una modifica della Costituzione.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha però espressamente basato l'anticostituzionalità del § 14, comma 3, LuftSiG anche sul fatto che l'abbattimento di un aereo sequestrato con l'uccisione dei passeggeri sequestrati viola il comando della dignità umana dell'art. 1 GG. Esso ha formulato a tal fine il seguente imponente enunciato:

«Vigente l'art. 1 GG è assolutamente impensabile uccidere intenzionalmente (...) sulla base di un'autorizzazione legislativa esseri umani innocenti, che, come l'equipag-

<sup>25</sup> Cfr. K. H. SEIFERT/D. HÖMIG, *Grundgesetz*, 6 Aufl., Baden-Baden, 1999, Art. 87a, Rn. 6; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Verfassungsänderung für Bundeswehreinsätze im Innern Deutschlands?* in *DÖV* 2002, p. 773 (775); V. EPPING, *Der Fall "Godewind"* in *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1993, p. 103 (110); C. LUTZE, *Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr?* in *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 2003, p. 101 ss. (106).

<sup>26</sup> Cfr. sul punto M. KUTSCHA, *Terrorbekämpfung* in *Recht und Politik*, 2006, cit., p. 202 ss.

gio e i passeggeri di un aeroplano sequestrato, si trovano in una situazione per essi priva di speranza»<sup>27</sup>.

Un tale fatto non potrebbe venir legittimato da alcuna modifica costituzionale. In uno stato di diritto non si può autorizzare per legge nessuno a bilanciare la vita degli uni esseri umani contro la vita degli altri esseri umani, né secondo il loro numero, né secondo la presunta durata della vita residua. La vita dei cittadini in uno stato di diritto non è a disposizione del governo.

Se la Corte si scostasse da questo elementare principio giuridico, allora è del tutto evidente che questo avrebbe straordinarie conseguenze in altri ambiti, così per esempio per la disciplina legislativa dell'eutanasia, della cura dei malati o della medicina dei trapianti. L'esplicito riferimento della Corte all'art. 1 GG è a causa della cd. clausola di eternità (*Ewigkeitsklausel*) dell'art. 79, comma 3, GG un avvertimento chiarissimo al legislatore di non superare tale confine in nessuna futura legislazione.

Per questo avvertimento ci sono, alla luce delle spiegazioni del Ministro degli interni e del Ministro della difesa, tutte le ragioni.

Nella discussione politica su questo *Luftsicherheitsgesetz* ci si preoccupa di far passare senza modificazioni la semplice idea che si tratti in realtà di fatti simili alla guerra. In questa «guerra asimmetrica» dovrebbero valere altre regole. Qui lo stato dovrebbe poter agire e bilanciare la vita delle vittime degne di compassione da una parte contro la presunta messa in pericolo della vita degli esseri umani, che dovrebbero essere salvati, dall'altra parte. E nel caso in cui non si tratti di una guerra, allora vigerebbe appunto il «diritto dello stato di necessità sovralegislativo» per il poi necessario omicidio di salvataggio (*Rettungstotschlag*).

In particolare Wiefelspütz<sup>28</sup> sostiene instancabilmente che il *Bundesverfassungsgericht* nella sua sentenza sul *Luftsicherheitsgesetz*<sup>29</sup> si sarebbe espresso solo su di un sequestro di aeroplano in tempo di pace, non però espressamente su di un «incidente aereo di guerra» [«*kriegerischer Luftzwischenfall*»], che egli cerca di definire. Si dovrebbe trattare di un'aggressione dal di fuori, che ha «una connotazione militare o simil militare o una dimensione simile a quel-

<sup>27</sup> Cfr. *BVerfGE* 115, 118 ff. (157).

<sup>28</sup> Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Der kriegerische terroristische Luftzwischenfall und die Landesverteidigung* in *Recht und Politik*, 2006, p. 71 ss.; M. KUTSCHA, *Terrorismusbekämpfung, in Recht und Politik*, 2006, cit., p. 202 ss.; e nuovamente D. WIEFELSPÜTZ, *Der kriegerische Luftzwischenfall und der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung*, in *Recht und Politik*, 2007, p. 73 ss. con ammirabile ricchezza di citazioni.

<sup>29</sup> Cfr. *BVerfGE* 115, 118 ff.

la della guerra». E qualora essa non venisse dal di fuori, allora «il dominio del fatto da parte di “mandanti” localizzabile all'estero da parte di “mandanti” dovrebbe però permettere di parlare di un'aggressione dal di fuori»<sup>30</sup>. Questa teoria avrebbe la conseguenza ridicola che si dovrebbe rendere l'uccisione dei passeggeri dipendente dalle motivazioni dei sequestratori.

Qui può restare sospeso, chi e come in pochi minuti debba decidere alla luce di questi criteri non certo chiarissimi, se un aereo passeggeri abbia solo problemi tecnici o se sia stato sequestrato, e cioè da chi, perché e con quale scopo. Perché al di là di tutti gli sforzi per un'argomentazione giuridica dovrebbe in primo luogo porsi la questione, se il diritto della Repubblica federale debba permettere l'omicidio di salvataggio, e cioè debba rimettere la vita di cittadini innocenti alla discrezione, alla saldezza di nervi e alla capacità di previsione del governo se non addirittura di un singolo ministro.

Lo stato del *Grundgesetz* non conosce alcun sacrificio umano per legge – e così dovrebbe continuare a essere. Lo stato ha il dovere di proteggere il cittadino con i mezzi che la Costituzione gli concede a tal fine, non con quelli che il governo avrebbe volentieri oltre a essi. Lo stato non ha né un diritto scritto né una legittimazione morale a uccidere intenzionalmente secondo la sua discrezione esseri umani che non partecipano al delitto da combattere. Non vi è alcun dovere giuridico per ciascun cittadino di lasciarsi uccidere per salvare un altro cittadino.

È richiesta estrema attenzione, quando si cerca in continuazione di far venire meno i confini tra guerra e pace, e di permettere l'impiego delle forze armate federali all'interno con mezzi militari. La ricezione inflazionaria dell'uso linguistico americano della «guerra» contro droghe, criminalità organizzata e ora della «guerra contro il terrorismo» induce a gettare via fondamentali principi del nostro diritto, e ritenere espressione di formalismo il chiedere gli esatti fondamenti di diritto costituzionale di un impiego come in guerra delle forze armate all'interno. Si tratta in realtà non solo dell'«impiego di mezzi militari», ma del con ciò voluto abbandono di categorie di diritto di polizia ottenute con una lotta faticosa, e quindi dell'applicazione del diritto di guerra nella lotta e nella repressione di reati terroristici<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Einsatz, in Recht und Politik*, 2007, cit., p. 73 ss., 77; con riferimento a Wiefelspütz, Wolfgang Schäuble e altri.

<sup>31</sup> Ancora dopo il 1975 mitragliette e bombe a mano valevano per determinate unità di polizia come armi in dotazione alla polizia. Naturalmente potevano essere impiegate solo secondo il diritto di polizia, e cioè non per l'uccisione di innocenti.

L'affermazione della sussistenza di una quasi-guerra non prevista nella Costituzione serve a vanificare il divieto, che segue cogentemente dal comando della dignità umana, di permettere per legge l'uccisione di innocenti. La vita dei passeggeri deve così risultare come "danno collaterale" a seguito della decisione del ministro presa secondo criteri di opportunità. Con ciò si vuole proprio mirare al risultato che il *Bundesverfassungsgericht* ha condannato come impensabile in uno stato di diritto.

L'asserzione, secondo cui il *Bundesverfassungsgericht* non avrebbe affrontato la questione se un sequestro di aeroplano che cade nell'ambito di applicazione del § 14 *Luftsicherheitsgesetz* possa essere un caso di difesa, è semplicemente falsa.

La Corte ha infatti lasciato aperta la questione se nel caso di un'aggressione che punti alla distruzione della collettività sussista la generale pretesa di auto-sacrificio talora asserita nella letteratura. Questa questione non avrebbe bisogno di essere decisa:

«perché nell'ambito di applicazione del § 14, comma, 3 LuftSiG non si tratta di parare aggressioni che sono tese all'eliminazione della collettività e alla distruzione dell'ordinamento giuridico e libertario statale».

Questo varrebbe anche laddove il pericolo non provenisse da criminali privi di intenti politici o da singoli rei disturbati mentalmente, ma si avesse a che fare con motivazioni politiche<sup>32</sup>.

Non è assolutamente così come il Ministro federale degli interni Schäuble continua a sostenere, che il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe evitato di considerare il caso di un «incidente aereo bellico». Esso ha piuttosto deciso nelle sue motivazioni portanti, che anche un sequestro terroristico di aeroplano motivato politicamente non rappresenta alcun caso di difesa ai sensi del *Grundgesetz*.

Senza dubbio la discussione ulteriore sarebbe resa più semplice se questi fatti e la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* venissero finalmente presi in considerazione.

L'idea del Ministro degli interni Schäuble di introdurre nella Costituzione un quasi-caso di difesa è un'incomprensione catastrofica del significato della dignità umana come cuore della nostra Costituzione e il tentativo trasparente di aggirare la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*. Che cosa sono i «fonda-

<sup>32</sup> Cfr. *BVerfGE* 115, 118 (159). Anche nel caso di fatti di questo tipo, motivati politicamente, non si mirerebbe a mettere in questione lo stato e la sua sopravvivenza.

menti superiori della collettività», la cui supposta messa in pericolo dovrebbe far scaturire il quasi-caso di guerra? Chi deve – e su quale base – decidere che cosa è così importante per la collettività da poter perciò uccidere intenzionalmente dieci, cento o trecento cittadini innocenti, perché si suppone che altrimenti si verificherebbe qualcosa che è ancora più grave? Questo vale, se si volesse seguire tale pensiero, solo per aerei di linea sequestrati con passeggeri a bordo oppure allo stesso modo per navi, metropolitane e autobus? E deve valere qualcosa d'altro, qualora si trattasse non del «war on terror», ma di criminali “normali” o malati di mente, che mettono alla prova le loro capacità ricattatorie? Se la vita dei cittadini dietro violazione dell'incrollabile art. 1 GG deve essere messa a disposizione e rimessa alla discrezione del governo, non può questo poi con la stessa fondazione neutralizzare tutti gli altri diritti fondamentali garantiti nella Costituzione, se gli sembra proporzionato?

Chi accetta ciò fa dei diritti fondamentali atti di grazia dello stato, che esso può anche di nuovo revocare. Un governo che può far entrare in vigore secondo la sua discrezione il diritto di guerra si innalza al di sopra della Costituzione e trasforma i cittadini in sudditi. Al Ministro federale degli interni interessa non solo l'impiego delle forze armate federali all'interno, ma liberare in questa circostanza le forze armate dai vincoli fastidiosi della Costituzione, e poter applicare il diritto di guerra all'interno. Chi dichiara in questo caso la guerra a chi?

Nel XIX secolo l'imperatore nel *Reich* tedesco poteva – naturalmente solo al di fuori della Baviera – ex art. 68 della *Reichsverfassung* del 1871 «qualora la sicurezza pubblica nel territorio federale sia minacciata, dichiarare ciascuna parte dello stesso in stato di guerra». Ma tale articolo non è più in vigore. Ex art. 115a GG l'accertamento del caso di difesa è fatto dal *Bundestag* e dal *Bundesrat* con maggioranza idonea alla modifica della Costituzione, nel caso estremo di necessità con dichiarazione del Presidente federale. Il caso di difesa può essere «accertato» e cioè non è rimesso alla discrezione del governo federale. Esso presuppone una determinata situazione, e cioè un'aggressione militare al territorio federale proveniente dall'esterno, una cd. guerra, non quasi o in altro modo, ma sul serio. Difesa è la risposta a un'aggressione ai sensi della definizione delle Nazioni unite del 14 dicembre 1974, cioè la protezione dello stato contro una minaccia militare o contro l'aggressione di un altro stato.

Il terrorismo è criminalità gravissima, e nessuna guerra, che per entrambe le parti farebbe scattare le regole del diritto internazionale bellico e renderebbe i terroristi combattenti per la libertà e soggetti di diritto internazionale.

Già la *Rote Armee Fraktion* volle essere riconosciuta come soggetto di una guerra e richiese per i suoi membri il trattamento come prigionieri di guerra con la sorveglianza della Croce Rossa. Nessuno è andato incontro a questa richiesta.

Anche il diritto dell'autodifesa ex art. 51 della Carta delle Nazioni unite e l'attivazione del dispositivo di difesa collettiva proclamata dalla NATO non cambiano niente nel fatto che le guerre si dirigono contro stati, anche quando si tratta di uno stato che tollera sul proprio territorio un'organizzazione terroristica, l'appoggia o non è in grado di impedirne l'attività, minacciosa per un altro stato. Il diritto internazionale bellico vige tra stati e in ogni caso in relazione a un gruppo militare che domina un territorio, ma non tra il governo e i cittadini di uno stesso stato.

Wiefelspütz ha proposto di assegnare una competenza d'urgenza al Ministro della difesa tramite una modifica dell'art. 35 GG, ad autorizzare le forze armate federali a impiegare per la prevenzione di pericoli anche mezzi militari, e perciò a dare la relativa competenza a legiferare al *Bund*<sup>33</sup>. In tale contesto Wiefelspütz ha confermato espressamente che «l'impiego delle forze armate con mezzi militari tuttavia [sarebbe] permesso solo nella misura in cui persone estranee al fatto, che si trovano per esempio a bordo di aeroplani o navi, non ne sono toccate»<sup>34</sup>.

Sebbene egli qui limiti l'applicazione di mezzi militari a impieghi di diritto di polizia, in un altro passaggio ribadisce la possibilità di un «incidente aereo bellico», per il quale egli contro gli espressi, portanti motivi della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, asserisce la presenza di un caso di difesa ai sensi dell'art. 87a, comma 2, GG. Perciò l'applicazione del «diritto internazionale (bellico) umanitario» e con ciò l'uccisione dei passeggeri sequestrati, sarebbe permessa<sup>35</sup>.

In altre parole: poiché un'autorizzazione per legge all'uccisione di innocenti è assolutamente impensabile e incompatibile con l'immodificabile art. 1 GG, Wiefelspütz ritiene l'uccisione di innocenti, in quanto danno collaterale di diritto internazionale, permessa anche senza disciplina legislativa, la qual cosa rappresenta un risultato sorprendente.

Chi vuole attribuire alle forze armate federali nuovi compiti deve modifica-

<sup>33</sup> Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Vorschlag zur Neufassung des Art. 35 GG in Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, p. 17 ss.

<sup>34</sup> Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Vorschlag*, cit., p. 19.

<sup>35</sup> Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Luftzwischenfall in Recht und Politik*, 2007, cit., p. 73 ss., 81 s.

re la lettera della Costituzione<sup>36</sup>. Per la decisione discrezionale di un membro del Governo federale circa quando egli ritenga un reato una guerra e i relativi rei combattenti soggetti al diritto internazionale, dal punto di vista del diritto costituzionale non c'è alcun margine.

La consistenza dei diritti fondamentali non dipende dal fatto che il governo federale li ritiene un ostacolo. Chi nella «guerra contro il terrore» vuole portare il nostro paese in uno stato di guerra continuamente potenziale senza un avversario definito e senza una fine prevedibile, e dare alle forze armate federali il potere di fare la guerra all'interno, può essere spinto da motivi nobili, paure pusillanimità o interessi populistici. Non importa: egli dovrebbe allora cercare di imporre il suo volere dal punto di vista legislativo e lasciarsi valutare in questo contesto alla luce dei valori fondamentali della nostra Costituzione.

Il Ministro della difesa Franz Josef Jung, impassibile, ha dichiarato di voler ancora ordinare in caso di necessità l'abbattimento di un aereo di linea. Egli deve capire che, dopo la decisione del *Bundesverfassungsgericht*, non ha più niente da ordinare al riguardo. Si trattasse di una guerra, il comando passerebbe alla Cancelleria federale. Se non si trattasse di una guerra, allora il suo ordine sarebbe in forza dei §§ 8 ss. del *Soldatengesetz* invalido, perché egli vuole ordinare un omicidio, cioè un reato. Il Governo federale farebbe bene a smettere di pensare a come poter neutralizzare la Costituzione, e invece di ciò dire con estrema chiarezza ai piloti delle forze armate federali che essi non possono seguire un tale ordine, e nemmeno richiamarsi a esso. Chi lo segue, agisce in proprio conto e se ne assume la responsabilità.

I membri del Governo federale sono vincolati alla Costituzione e come i soldati soggetti alla legge penale. Nessuno, ministro, pilota o chicchessia, può avere il diritto di uccidere degli innocenti, perché pensa che ciò sia increscioso, ma purtroppo per tutti meglio così. Se poi li uccide, allora in uno stato di diritto non il governo, ma un tribunale giudicherà su ciò, se il ministro e il soldato si possano scusare dicendo che le loro intenzioni erano buone.

Non esiste alcun «diritto dello stato di necessità sovralegislativo», come il Ministro federale della difesa ha asserito più volte pubblicamente. Il *Bundesverfassungsgericht* infatti non ha deciso l'aspetto penalistico di un «omicidio di salvataggio». Esso ha in questo contesto giustamente dichiarato che l'aspet-

<sup>36</sup> Cfr. sul punto anche M. KUTSCHA, *Verteidigung – Vom Wandel eines Verfassungsbegriffs*, in *Kritische Justiz*, 37 (2004), p. 228 ss., che giustamente descrive il qui trattato LuftSiG come un «classico esempio di inganno del legislatore».

to di diritto penale è irrilevante per la qualificazione dal punto di vista del diritto costituzionale<sup>37</sup>.

Nella misura in cui la letteratura – citata anche dal *Bundesverfassungsgericht* – ritiene semmai possibile per lo stato far valere uno stato di necessità sovralegislativo ai sensi del § 35 StGB, è in ogni caso del tutto fuori discussione che, in questo caso, si potrebbe trattare al massimo di una causa di esclusione di colpevolezza o di una causa personale di esclusione della pena, che non cambia nulla della tipicità e dell'antigiuridicità del fatto di reato. Lo stato di necessità sovralegislativo non è nessuna autorizzazione ad agire, ma piuttosto tutt'al più permette a un tribunale di decidere con clemenza nei confronti di un individuo che, in questo caso, è un omicida plurimo, qualora questi sia in grado di rendere convincente che egli dinanzi a Dio e alla sua coscienza credeva di non poter agire altrimenti. Questo vale per il ministro allo stesso modo che per il pilota da guerra delle Forze armate e – vigente l'art. 1 GG – non vi potrà essere alcuna modifica costituzionale che cambi qualcosa al riguardo.

Lo stato non diviene impotente per il fatto che si attiene alla Costituzione. Perché dovremmo rispettarlo e agire per esso, se esso non lo facesse più? Lo stato deve proteggere la vita dei cittadini con i mezzi che la Costituzione gli permette. E questa vieta in modo immodificabile l'uccisione secondo criteri di opportunità di esseri umani innocenti che bilancia il danno o l'utile, e la vieta come violazione della loro dignità umana. Contro il terrore non si inizia a lottare in aria, quando è troppo tardi, ma a terra, tramite dispositivi tecnici nelle macchine, tramite controlli negli aeroporti e anche tramite accompagnatori di volo armati. La commissione ufficiale di inchiesta degli Stati Uniti d'America ha confermato nel suo «9-11 Report» che gli attentati dell'11 settembre 2001 non avrebbero avuto luogo se si fosse fatto questo.

<sup>37</sup> Cfr. *BVerfGE* 115, 118 (157).

