



5/2018

**OMICIDI MIRATI A MEZZO DRONE:
BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DEL CASO "LO PORTO"
TRA DIRITTO PENALE E DIRITTO INTERNAZIONALE**

di Carla Cucco e Diego Mauri (*)

***Abstract.** Quale diritto penale in ipotesi di "vittime collaterali" di drone strike? La sempre maggiore rilevanza che il fenomeno degli omicidi mirati a mezzo drone assume nel contesto internazionale pone la necessità di interrogarsi su come, nell'ordinamento interno, le categorie classiche del diritto penale debbano operare rispetto a fattispecie "peculiari", caratterizzate da una distanza fisica e psichica dal target e dall'esistenza di una "catena di comando" coinvolta, a più livelli, nella singola operazione di omicidio mirato. Si cercherà pertanto di capire, partendo dal caso dell'omicidio di un cittadino italiano per mezzo di droni statunitensi in Pakistan, ma fornendo un contributo di portata più generale, quali soggetti della c.d. "catena di comando" sono coinvolti nelle operazioni; successivamente si concentrerà l'attenzione su come gli sviluppi dogmatici e le elaborazioni giurisprudenziali sul tema dell'elemento soggettivo del reato debbano modellarsi rispetto ad omicidi di vittime collaterali commessi tramite drone, negli ultimi anni oggetto di un uso sempre più frequente alla luce della Global War on Terror, di cui gli Stati Uniti d'America si sono resi promotori.*

SOMMARIO: 1. Premessa (in fatto): l'omicidio di Giovanni Lo Porto. – 2. Premessa (in diritto): la natura giuridica delle operazioni statunitensi in Pakistan. – 3. I soggetti coinvolti e la c.d. "catena di comando". – 4. La controversa conciliabilità delle ricostruzioni "classiche" su scriminanti ed elemento soggettivo con il caso degli omicidi mirati a mezzo drone – 4.1. *Segue.* Colpa cosciente, dolo eventuale e dolo diretto: assunti di teoria generale... – 4.2. *Segue.* ...e ricadute pratiche in tema di *drone strike*. L'elemento soggettivo in capo a chi "autorizza" l'operazione... – 4.3. *Segue.* ...e a chi la "gestisce". Possibili ipotesi alternative? – 5. Conclusioni.

1. Premessa (in fatto): l'omicidio di Giovanni Lo Porto.

Le valutazioni compendiate nel presente scritto sono il frutto di una riflessione maturata in ordine al caso, attualmente oggetto di indagini preliminari, a seguito della

(*) Benché frutto di una riflessione comune, i parr. 1 e 4 sono stati redatti da Carla Cucco, mentre i parr. 2-3-5 da Diego Mauri.



5/2018

riapertura disposta dal GIP di Roma in data 02.03.2018¹, del cooperante italiano Giovanni Lo Porto, deceduto in data 15 gennaio 2015, nell'ambito di un'operazione statunitense di omicidio mirato (in inglese, *targeted killing*) a mezzo drone in Pakistan. Pare necessario, per vero, dar conto del retroterra fattuale su cui tale omicidio si innesta, indefettibile *background* alle valutazioni giuridiche di cui appresso.

Lo Porto, impiegato presso la sede dell'organizzazione umanitaria tedesca *Welt Hunger Hilfe*, sita in Gardentown (Quasim Bela, nella provincia pakistana del Punjab) veniva sequestrato in data 19 gennaio 2012 da un commando di quattro jihadisti, affiliati alla nota organizzazione Al Qaeda, insieme al collega tedesco Bern Muehlenbeck, quest'ultimo rilasciato due anni e mezzo dopo il rapimento. Dalle indagini espletate emergeva che il Lo Porto era stato da ultimo trasferito presso un *compound* jihadista al confine tra Pakistan ed Afghanistan, sul quale, dalla fine del 2014, era stata avviata una campagna di attento monitoraggio ad opera della CIA, allo scopo di abbattere gli obiettivi sensibili ivi presenti. Nel gennaio del 2015, la CIA, impiegando un drone dotato di missili *Hellfire*, dava luogo ad un'operazione di bombardamento a più riprese dell'area, prima in data 15 gennaio e poi nei giorni 18 e 19 dello stesso mese, radendo al suolo l'intero *compound*: nel corso di questa attività il Lo Porto trovava la morte. Il decesso del cooperante era reso noto solo in data 23 aprile 2015, durante una conferenza stampa tenuta dal Presidente degli Stati Uniti Barack Obama, nel corso della quale il suddetto, in qualità di *Commander in Chief*, assumeva su di sé la piena responsabilità dell'evento-morte del Lo Porto² che coinvolgeva altresì, oltre a quattro jihadisti, anche l'americano Warren Weinstein. Definiva il decesso dei due sequestrati un tragico errore³, affermando che l'operazione era stata condotta dall'organismo citato, propaggine dell'Esecutivo americano, con modalità "*fully consistent with the guidelines*"⁴ per ogni missione-tipo, e disponeva la pubblicità della documentazione relativa all'operazione, generalmente secretata.

In data 29 maggio 2017, a seguito delle indagini espletate rispetto ai fatti antescritti, la competente Procura di Roma formulava richiesta di archiviazione per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo e di omicidio volontario o colposo,

¹ Si vedano, tra le altre, http://roma.corriere.it/notizie/cronaca/18_marzo_08/giovanni-porto-italiano-ucciso-un-raid-cia-giudice-aprite-archivi-024c0f70-223f-11e8-a665-a35373fafb97.shtml; <http://www.palermotoday.it/cronaca/giovanni-lo-porto-ucciso-pakistan-indagini-usa.html>; <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2018/03/08/lo-porto-litalia-chiama-in-causa-gli-usa-dicano-la-verita-droni22.html>, che riportano anche stralci dell'ordinanza con cui il GIP di Roma dispone nuove indagini.

² Quanto detto, in ogni caso, non vale a scalfire il principio dell'immunità diplomatica funzionale "materiale" dalla giurisdizione civile e penale, di cui gode ogni Capo di Stato per atti *iure imperii*, nonché anche *post munerem*, nell'ipotesi in cui la condotta sia espressione diretta ed immediata delle proprie funzioni di governo. Sul punto si rinvia a CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., 2014, p. 260-261. Nella giurisprudenza si veda Cass., Sez. 1, sent. n. 1981 del 28/06/1985, Pres.: Carnevale c., Est.: Valente V., Imp. Yasser Arafat.

³ "*It is a cruel and bitter truth that in the fog of war generally, and our fight against terrorists specifically, mistakes, sometimes deadly mistakes, can occur*" (cit.), in *CNN Transcript Providers*, accessibile a questo [link](#).

⁴ In <https://www.nytimes.com/2015/04/24/world/asia/2-qaeda-hostages-were-accidentally-killed-in-us-raid-white-house-says.html>.



5/2018

addotta l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio e conseguentemente di pervenire a sentenza di condanna ed altresì palesata la non utilità di ulteriori indagini per entrambe le fattispecie *de quibus*. In data 3 luglio 2017, la Difesa della famiglia Lo Porto depositava opposizione alla richiesta di archiviazione, in accoglimento della quale il GIP del Tribunale di Roma pronunciava ordinanza *ex art. 409 co. 4 c.p.p.*, nella quale si dava conto di una significativa carenza probatoria e di un compendio informativo lacunoso, per sopperire al quale il GIP imponeva alla Procura lo svolgimento di ulteriori indagini.

2. Premessa (in diritto): le operazioni statunitensi in Pakistan.

Prima di affrontare le questioni strettamente legate al caso in esame, appare doveroso premettere una breve riflessione in merito alla prassi statunitense di impiegare droni armati al fine di realizzare omicidi mirati sul territorio di Stati terzi, prassi, nell'ultimo decennio, drammaticamente in crescita⁵.

All'indomani degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, gli Stati Uniti hanno dichiarato la nota "*Global War on Terror*"⁶, giustificando l'uso della forza extraterritoriale contro individui e gruppi di individui rientranti nella categoria di "terroristi", *in primis* l'organizzazione conosciuta come Al Qaeda, nonché i Talebani e le forze associate a questi⁷. In contemporanea, l'operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan costituiva la risposta (militare) del governo di Washington e dei suoi alleati all'attacco di Al Qaeda; alla stessa quindi seguirono, non molto tempo dopo, operazioni "para-militari" – in quanto condotte, il più delle volte, dalla CIA, come si spiegherà meglio *infra* – in Stati terzi, quali il limitrofo Pakistan e lo Yemen.

In termini strettamente giuridici, vi è da chiedersi a quale titolo gli Stati Uniti abbiano fatto ricorso, contro attori non-statali, all'uso della forza, generalmente vietato dall'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite, nonché da una norma consuetudinaria dotata, secondo l'interpretazione prevalente, di natura imperativa⁸. Se la campagna

⁵ Si tratta di un *trend* in crescita, quantomeno a partire dalla Presidenza Obama; per un'analisi dei dati relativi ai *drone strike* noti alla stampa, è utile consultare il pregevole sito: <https://www.thebureauinvestigates.com/projects/drone-war>.

⁶ Il termine fu impiegato, per la prima volta in sede ufficiale, nel celebre discorso rivolto dall'allora Presidente degli Stati Uniti George W. Bush al Congresso del 12 settembre 2001 (la trascrizione è disponibile a questo [link](#)).

⁷ Cfr. *Authorization for the Use of Military Force (AUMF)*, adottato dal Congresso in data 14 settembre 2001 e firmato dal Presidente George W. Bush il successivo 18 settembre 2001, disponibile a questo [link](#).

⁸ Mentre la norma di cui all'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite vincola, in virtù della propria natura pattizia, unicamente gli Stati parte alla Carta, una norma consuetudinaria si rivolge a tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale. Le norme aventi natura imperativa, inoltre, sono le uniche a non poter subire alcuna deroga da norme pattizie o consuetudinarie, rispetto alle quali si collocano, pertanto, in posizione sovraordinata; cfr. CONFORTI, cit., pp. 163-170, nonché la celebre Corte Internazionale di Giustizia, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua vs. United States)*, I.C.J. 1986, pp. 100-101, § 90. Per quanto concerne invece la letteratura sul punto, essa è divenuta, negli anni, sterminata. Senza pretesa di operare una ricognizione completa delle fonti, ci si può limitare, in questa sede, a rimandare al seguente contributo: BYERS, *Terrorism, the Use of Force and International Law after September 11*, in *International and*



5/2018

militare in Afghanistan è stata giustificata da Washington a titolo di “legittima difesa”, ai sensi dell’art. 51 della Carta⁹, nei confronti dell’Afghanistan, più difficile è la ricostruzione, nei medesimi termini, del caso del Pakistan. In particolare, la prova della stretta contiguità tra il regime governativo (di Islamabad qui, di Kabul allora) e gruppi non-statali non è mai stata fornita in termini netti¹⁰.

Appurato dunque che gli Stati Uniti non stanno usando (né potrebbero usare) la forza *contro* il Pakistan, la circostanza secondo cui gli Stati Uniti usano la forza *in* Pakistan si potrebbe inscrivere in una delle seguenti tre ipotesi: (1) gli Stati Uniti sono impegnati in un conflitto armato contro Al Qaeda *et similia*, circostanza che autorizza l’uso della forza secondo i limiti imposti dal diritto internazionale umanitario (c.d. *ius in bello*); (2) gli Stati Uniti conducono operazioni di *law-enforcement* (cioè di polizia *lato sensu*), nelle quali è ammissibile l’uso della forza secondo i limiti imposti dal diritto internazionale dei diritti umani e rispetto alle quali è necessario assicurarsi il consenso dello Stato territoriale; (3) gli Stati Uniti agiscono sì in legittima difesa, ma contro qualsiasi individuo o gruppo di individui che, in virtù della propria appartenenza (o contiguità) ad Al Qaeda *et similia*, continuano a minacciare la sicurezza degli Stati Uniti. L’amministrazione statunitense, chiamata a rendere ragione delle operazioni condotte a mezzo drone, ha ritenuto di avvalersi proprio di tale ultima ipotesi (c.d. dottrina “Obama-Clinton”)¹¹. In questa ultima ipotesi, la necessità, per lo Stato “attaccato”, di

Comparative Law Quarterly, 2002, vol. 51, pp. 401 ss.

⁹ Gli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001 sono considerati “*minaccia alla pace e sicurezza internazionali*” ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e, in quanto tali, integrano il requisito per l’uso della forza da parte del Consiglio di Sicurezza; essi si configurano altresì quale “*attacco armato*”, e autorizzano pertanto lo Stato vittima di tale attacco a reagire in legittima difesa, sia individuale che collettiva; cfr. Consiglio di Sicurezza, risoluzione n. 1368 (2001), S/RES/1368 (2001), disponibile a questo [link](#). Cfr. il Preambolo dell’AUMF, citato *supra* alla nota n. 8: “*Whereas, on September 11, 2001, acts of treacherous violence were committed against the United States and its citizens; and Whereas, such acts render it both necessary and appropriate that the United States exercise its rights to self-defense and to protect United States citizens both at home and abroad*”. Ad oggi, buona parte della dottrina internazionalista riconosce la legalità dell’uso della forza da parte degli Stati Uniti nei confronti dell’Afghanistan: cfr. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defense*, New York, 2005, p. 237; *contra*, si veda SHAH, *International Law and Drone Strikes in Pakistan. The legal and socio-political aspects*, Oxon-New York, 2015, pp. 24 ss.

¹⁰ Cfr. SHAH, *International Law and Drone Strikes in Pakistan*, cit., p. 41 (“[b]y attacking non-state actors on Pakistani soil, however, the United States is carrying out armed attacks on Pakistan, which can only be defended if terrorist acts of such non-state actors residing in Pakistan qualify as armed attacks against the United States under Article 51 [della Carta delle Nazioni Unite], and if Pakistan itself was guilty of sponsoring such terrorist activities”).

¹¹ Il termine è stato coniato dall’allora *Legal Adviser* del Dipartimento di Stato statunitense Harold Hongju Koh; v. SHAH, *International Law and Drone Strikes in Pakistan*, cit., p. 35. Koh dichiarò che il nuovo approccio della Presidenza Obama era motivato dall’esigenza di assicurare la difesa degli Stati Uniti da attacchi provenienti da Al Qaeda, la quale non aveva abbandonato il proposito “*to attack the United States, and indeed continues to attack us*” (cfr. KOH, *The Obama Administration and International Law. Keynote Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 25 marzo 2010, disponibile a questo [link](#)). Nel febbraio 2013 venne consegnato alla stampa un documento del *Department of Justice* risalente al 2010 e contenente le regole applicabili all’uso della forza, da parte delle autorità statunitensi, nei confronti di cittadini statunitensi che fossero “*senior operational leaders*” di Al Qaeda e altre forze associate; cfr. *DoJ White Paper*, consultabile a questo [link](#).

assicurarsi il consenso dello Stato territoriale (cioè: quello su cui operano i gruppi non-statali “attaccanti”) è questione dibattuta nella dottrina internazionalistica¹².

Per quello che qui interessa, la dottrina Obama-Clinton deve essere convintamente ripudiata¹³, nonostante nell’ottica statunitense essa costituisca il presupposto logico per ritenere applicabile il diritto dei conflitti armati (il già citato *ius in bello*) e, quindi, le regole più permissive in materia, ad esempio, di detenzione¹⁴.

Quanto alla prassi degli omicidi mirati a mezzo drone, si pone la questione della loro qualificazione giuridica, peraltro non ignorata dalla più attenta dottrina, che infatti rileva: “[i]l crescente ricorso ai droni armati in operazioni di guerra o di antiterrorismo internazionale solleva rilevanti problemi a molti livelli: politico, militare, filosofico/morale e – quel che qui più ci interessa – giuridico. Dal punto di vista giuridico, la prima difficoltà consiste nello stabilire quale sia il regime giuridico applicabile nel caso concreto”¹⁵. L’alternativa è dunque correttamente rintracciata tra “guerra” e “antiterrorismo”: tradotto nella terminologia propria dell’ordinamento internazionale, si deve pertanto accertare se il concreto uso della forza sia inscrivibile o meno nell’ambito della conduzione delle ostilità all’interno

¹² Sull’importanza del consenso dello Stato territoriale in generale, nonché sugli aspetti più specificamente attinenti al caso del Pakistan, si rimanda a SHAH, cit., pp. 71-104. Il governo di Islamabad ha manifestato, a più riprese e fin dal principio, la propria contrarietà alle operazioni condotte dagli Stati Uniti sul territorio nazionale: cfr. O’CONNELL, *Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan 2004–2009*, in BRONITT (a cura di), *Shooting To Kill: The Law Governing Lethal Force In Context*, 2010; HOOPER, *Pakistan: US Must Halt Drone Attacks*, CNN News, 29 January 2009; ID., *Militant Death in US Drone Hit*, BBC News, 3 luglio 2009. Successivamente, e solo secondo alcune fonti, il governo pakistano avrebbe iniziato a prestare il proprio consenso ad attacchi armati condotti a mezzo droni, limitatamente, però, a obiettivi “sensibili” per Islamabad. Tale prassi, di cui rimane difficoltoso trovare riscontri, non avrebbe comunque potuto protrarsi oltre il 2013, quando la High Court di Peshawar, pronunciandosi su alcuni ricorsi riuniti presentati da (famigliari di) vittime pakistane provenienti dalle zone rurali maggiormente colpite dagli attacchi a mezzo droni, ha pronunciato una storica sentenza con la quale affermava la contrarietà, tanto rispetto alle norme interne del Pakistan quanto rispetto alle norme internazionali, della prassi statunitense, ordinando alle autorità statali competenti di negare, da lì in avanti e in ogni caso, il proprio consenso a tali attacchi (il testo della sentenza è disponibile a questo [link](#)). E infatti, pochi mesi dopo, nell’ottobre 2013, le autorità di Islamabad comunicarono ufficialmente che non avrebbero più acconsentito ad alcuna operazione con droni armati. Sulla questione vedi *amplius* BROOKMAN-BYRNE, *Drone Use ‘Outside Areas of Active Hostilities’: An Examination of the Legal Paradigms Governing US Covert Remote Strikes*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 64 n. 1, 2017, pp. 3-41, in particolare p. 17.

¹³ Anche su questo punto il dibattito è acceso; di esso, per motivi evidenti, non si potrà dare conto nel presente contributo. Basti questo: il Governo degli Stati Uniti ritiene di poter agire in legittima difesa anche contro individui che ricoprano posizioni esponenziali nella gerarchia di Al Qaeda *et similia* in quanto pongono un “*imminent threat*”. Il concetto di “imminenza” della minaccia – pur ricavato da precedenti storici alquanto risalenti, quali il caso *Caroline* (i cui atti sono consultabili a questo [link](#)) – trova però applicazione, nel *White Paper*, in un senso estremamente permissivo, essendo il Governo autorizzato a impiegare forza letale (leggi: a commettere omicidi mirati) anche laddove manchi ragionevole certezza che l’individuo stia eseguendo uno specifico attacco diretto contro gli Stati Uniti. Ciò in quanto “*the US government may not be aware of all Al-Qa’ida plots as they are developing and thus cannot be confident that none is about to occur*”.

¹⁴ Si veda, per tutti, GOODMAN, *The Detention of Civilians in Armed Conflict*, in *American Journal of International Law*, vol. 103 n. 1, 2009, pp. 48-74.

¹⁵ Si tratta delle osservazioni di MELONI, *Sulla (il)legittimità degli omicidi mirati mediante i droni e i possibili ricorsi alle corti*, di cui a questo [indirizzo](#), estratto da *Droni Militari: Proliferazione o controllo?*, Rapporto di ricerca, Istituto di Ricerche Istituzionali IRIAD, Roma, aprile 2017, disponibile a questo [link](#).



5/2018

di un conflitto armato. Solo una volta individuato il contesto di riferimento si potrà stabilire se lo *ius in bello* sia il regime giuridico applicabile¹⁶ e, nel caso, quale sia la responsabilità attribuibile a Stati ed individui per gli illeciti eventualmente commessi¹⁷.

Ebbene, per quanto concerne il caso in esame, le operazioni a mezzo drone condotte in Pakistan dagli Stati Uniti al momento del fatto (gennaio 2015) non sembrano affatto inscrivibili nel quadro dello *ius in bello*, non configurandosi – allora come ora – alcun conflitto armato tra Stati Uniti e individui appartenenti o associati ad Al Qaeda. L'uso della forza risultante nella morte di Lo Porto è avvenuto “*outside of areas of active hostilities*”, secondo l'inequivoca espressione contenuta nel documento intitolato *Presidential Policy Guidance* (PPG), reso pubblico nel 2016 ma datato 22 maggio 2013 (dunque in vigore al momento dell'omicidio mirato nel caso Lo Porto)¹⁸. Dell'importanza e del contenuto di tale documento si dirà nel prosieguo.

Appurato ciò, residua la questione sul se e come giudicare tale uso della forza sul piano interno. Si tratterebbe di un'ipotesi di uso di forza letale al di fuori dei confini dello Stato, contro un obiettivo di carattere non-statale, in cui ha perso la vita, tra gli altri, un cittadino di uno Stato terzo: *quis iudicabit?*

Ad esempio, con riguardo all'ordinamento interno statunitense, la prognosi circa l'effettivo scrutinio, da parte dell'autorità giudiziaria, degli omicidi mirati è, allo stato attuale, tristemente infausta: diversi casi, portati alla cognizione del giudice federale, si sono conclusi con il rigetto, in sostanza, delle pretese (il più delle volte nemmeno risarcitorie) degli attori – tipicamente famigliari di vittime dirette di attacchi a mezzo drone¹⁹. Sul piano del diritto interno pakistano, invece, diversi giudici, competenti *ratione loci* a giudicare i *drone strike*, si sono espressi in senso nettamente contrastante con la posizione statunitense²⁰.

Quello che pertanto in questa sede si intende compiere è un primo tentativo di indagine su come istituti generali del diritto penale italiano possano operare rispetto ad ipotesi di *drone strike*, fattispecie che involgono questioni di diritto internazionale e di diritto interno tutt'altro che desuete, assurgendo a temi centrali in un dibattito sulle

¹⁶ All'interno di un conflitto armato l'uso dei droni è regolato dalle norme di diritto internazionale applicabili agli armamenti e alle operazioni di *targeting*; sul punto cfr. *amplius* TURNS, *Droning on: some international humanitarian law aspects of the use of unmanned aerial vehicles in contemporary armed conflicts*, in HARVEY-SUMMERS-WHITE (a cura di), *Contemporary Challenges to the Laws of War. Essays in Honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge, 2014, pp. 191-215.

¹⁷ Cfr. MELONI, *State and Individual Responsibility for Targeted Killings by Drones*, in DI NUCCI-SANTONI DE SIO, *Drones and Responsibility. Legal, Philosophical, and Sociotechnical Perspectives on Remotely Controlled Weapons*, Londra-New York, 2016, pp. 47-63.

¹⁸ Il testo del PPG è ora disponibile a questo [link](#).

¹⁹ Esempio in tal senso è la sentenza resa dalla *D.C. Circuit Court* nel caso *bin Ali Jaber v. United States*, 861 F.3d 241 (D.C. Cir.), cert. denied, 138 S. Ct. 480 (2017). I ricorrenti domandavano alle autorità giudiziarie statunitensi un provvedimento che dichiarasse che i membri delle proprie famiglie erano stati uccisi nel corso di un attacco condotto a mezzo drone dagli Stati Uniti in violazione del diritto internazionale che regola l'uso della forza, nonché di altri atti normativi federali. La Corte distrettuale rigettò il ricorso sulla base della dottrina dell'atto politico, che impedisce al potere giudiziario il sindacato su scelte politiche del potere esecutivo (tra cui rientra, per l'appunto, la decisione di operare un omicidio mirato a mezzo drone).

²⁰ Si veda la sentenza richiamata *supra*, nota n. 12.



5/2018

operazioni tramite drone di crescente (e preoccupante) attualità²¹. Tanto, in specie, alla luce della recente *policy* adottata dalla Presidenza Trump, che pare discostarsi, per così dire, *in peius* rispetto al precedente approccio al *targeted killing* tramite droni assunto dalla presidenza Obama²²; e in ragione del possibile (e in futuro sempre più frequente e più diretto) coinvolgimento dell'ordinamento italiano negli omicidi mirati, se, come si prevede, ci si continuerà ad avvalere di Sigonella come base operativa (e non quale mera aviorimessa) di droni italiani e statunitensi²³.

3. I soggetti coinvolti e la c.d. “catena di comando”.

Partiamo da un'avvertenza, frutto di frequenti rinvenimenti, nella letteratura e nel lessico giornalistico, di locuzioni inesatte e fuorvianti in materia di antiterrorismo. Rispetto al caso in esame, si legge²⁴ che nella richiesta di archiviazione formulata dalla Procura, la stessa avrebbe inteso l'attacco come una “azione bellica antiterrorismo”. In termini giuridici parlare di “azione bellica antiterrorismo” è un controsenso: un'operazione di antiterrorismo è un'operazione di polizia, per quanto possa coinvolgere apparati, tecniche e financo armamenti militari. Per converso, se una determinata operazione è ascrivibile alla conduzione delle ostilità essa non può *ipso facto* essere inquadrata, al medesimo tempo e nel medesimo rispetto, come un'operazione di polizia.

A ben vedere, l'affermazione della Procura potrebbe originare da due presupposti logici a loro volta scorretti: l'asserita natura militare dell'ordine e la riconducibilità dell'operazione *de qua* ad un conflitto armato. Quanto a questo secondo punto, l'erroneità dell'adduzione emerge alla stregua dell'analisi già svolta al § 2, cui si rimanda. Quanto al primo, la qualificazione dell'ordine come militare mostra la propria fallacia non appena si consideri la natura giuridica della CIA, l'agenzia governativa impegnata nelle operazioni di cui si discute e responsabile del *targeted killing* di cui al caso di specie. Si tratta, infatti, di un'agenzia che nulla ha a che fare, nella struttura dell'amministrazione pubblica statunitense, con l'apparato militare.

Certo, potrebbe sorprendere che sia un'agenzia non militare ad operare droni armati, ad esempio, in Pakistan, Yemen e Somalia. In realtà, ciò può essere facilmente spiegato non appena si consideri la natura dei poteri del Presidente degli Stati Uniti e il

²¹ L'affermazione secondo cui la prassi degli omicidi mirati commessi (anche, ma non solo) tramite droni non dovrebbe essere regolata dal diritto internazionale umanitario, ma dal diritto internazionale penale, è frutto della felice intuizione di KELLMAN, *Targeted Killings – Never Not an Act of International Criminal Law Enforcement*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 40, 2017, pp. 27-62. L'Autore, in particolare, prende le mosse, oltre che dalla preoccupante diffusione del fenomeno dei *drone strike*, dal fatto che tale peculiare *policy* dell'anti-terrorismo è l'unica, ad oggi, ad operare al di fuori di ogni limite del diritto penale (statunitense, per quanto occupa l'analisi dell'Autore) e al di sopra di qualsivoglia forma di sindacato giurisdizionale interno.

²² Si veda <https://www.aclu.org/foia-document/presidential-policy-guidance?redirect=node/58033>

²³ Su questo ultimo aspetto sia consentito un rinvio a MAURI, *Droni a Sigonella: quale valore ha (e quale impatto produrrà) l'accordo italo-americano*, in *Quaderni di SIDIBlog*, vol. 3, 2016, pp. 319-325.

²⁴ Si veda l'articolo pubblicato il 24 luglio 2017 sul quotidiano *La Repubblica*, accessibile a questo [link](#).



5/2018

rapporto di dipendenza organica tra questi e la CIA. Iniziando dal primo aspetto, il potere di respingere “*sudden attacks*”²⁵ costituisce, a monte, espressa prerogativa del Presidente degli Stati Uniti in qualità di “*Commander in Chief*”; dal momento della sua costituzione (1947), la CIA opera nel campo della sicurezza nazionale “*as the President ... may direct*”²⁶. Quasi fisiologicamente, vista l'ampiezza delle proprie attribuzioni, la CIA è pervenuta, negli anni, ad estendere le proprie competenze fino a ricomprendervi quella di impiego della forza armata nei confronti di individui ritenuti una minaccia attuale alla sicurezza nazionale²⁷.

Ad oggi, poi, tracciare una linea di demarcazione, quanto a competenze, con il ramo militare è ancora più difficile. Valga, come esempio, la circostanza secondo la quale la CIA, nell'espletare la propria attività di intelligence, divide con il *Joint Special Operations Command* (JSOC, di natura militare) gli spazi aerei in cui vengono operati i droni²⁸. Insomma, un quadro organico non certo connotato da trasparenza, né per quanto concerne l'effettivo accesso ai dati delle singole operazioni né per quanto riguarda l'organigramma di coloro che monitorano, pianificano e conducono l'operazione di omicidio mirato.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, pertanto, non può che procedersi “a tentoni”, facendo tesoro delle indicazioni fornite dal GIP nella parte relativa alle richieste di rogatoria²⁹. Come risulta, in particolare, da quella concernente “*l'individuazione di coloro che hanno coordinato il monitoraggio del compound, gestito ed autorizzato gli strike*”, parrebbe potersi evincere come la decisione di operare un omicidio mirato tramite drone sia la risultante di un processo interno all'agenzia in questione e ascrivibile, segnatamente, al *Counter Terrorism Center* (d'ora in avanti anche solo CTC). Come confermato da fonti giornalistiche, questo organo sarebbe adibito non solo a compiti di raccolta e rielaborazione di *intelligence*, ma anche operativi³⁰. Restano ancora in un cono d'ombra, però, la quantità e il rango dei soggetti coinvolti, nonché – e qui si allacciano le indicazioni investigative del GIP – la loro identità.

²⁵ FARRAND (a cura di), *The records of the federal convention of 1787*, vol. 2, p. 318.

²⁶ *National Security Act of 1947*, Pub. L. No. 80-253, 61 Stat. 495 (1947), sec. 102 (d) (5).

²⁷ Vedi più approfonditamente la dettagliata ricostruzione di BANKS, *Regulating Drones. Are Targeted Killings by Drones Outside Traditional Battlefields Legal?*, in BERGEN-ROTHENBERG (a cura di), *Drone Wars. Transforming Conflict, Law, and Policy*, Cambridge, 2015, pp. 129-159.

²⁸ Per quanto concerne la struttura nonché le attribuzioni del JSOC, si rimanda a SHAH, *A Move Within the Shadows. Will JSOC's Control of Drones Improve Policy?*, in BERGEN-ROTHENBERG (a cura di), cit., pp. 160-184. L'Autore, in particolare, illustra come, di regola, la cooperazione tra JSOC e CIA avviene o tramite operazioni condotte separatamente, benché sul medesimo territorio, oppure tramite operazioni condotte congiuntamente. In questo ultimo caso, la ricostruzione del ruolo dei rispettivi organi – e, quindi, del loro contributo causale rispetto all'illecito finale – si rende ancora più difficile.

²⁹ Per le quali si rinvia alle informazioni evincibili dalle già citate fonti giornalistiche, 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»*”.

³⁰ Si veda qui: <https://www.lawfareblog.com/origins-drone-program>.



5/2018

I quesiti da porsi, a questo punto, sono due: (1) che tipo di contributo forniscono, nell'ordine, i soggetti apicali (“decisori”), i soggetti intermedi e i soggetti inferiori (“operatori”)?; (2) che tipo di concorso si configura tra di essi?

A fronte della scarsità e opacità delle informazioni disponibili, un aiuto alla comprensione del processo decisionale è fornito dal già citato PPG. Nel fissare delle linee guida generali per le operazioni di anti-terrorismo, il documento in questione consente di dare un primo sguardo alle modalità con cui le autorità statunitensi preposte pervengono alla decisione di lanciare un *drone strike* quale quello di specie.

Il primo rilievo è che, quantomeno a livello generale (di predisposizione, cioè, di “piani operativi”), si tratta, a tutti gli effetti, di una decisione di *équipe*. All'approntamento di tali piani (“*operational plans*”; cfr. pp. 2 ss. *passim* del PPG) concorrono le varie agenzie (“*operating agencies*”) dapprima *uti singulae* (ciascuna, cioè, predispone il proprio piano, approvato, dopo un'attenta analisi giuridica, da un organo interno – cfr. pp. 2-3) e poi, una volta trasmessi i progetti suddetti al *National Security Staff, uti universae* (nel senso che ha luogo, a questo punto, una “*interagency review*” – cfr. p. 3). Infine, i piani sono sottoposti all'attenzione e al controllo dei membri del *National Security Council* prima della presentazione al Presidente degli Stati Uniti. In breve, una “selva oscura” di funzionari e agenzie governative, fino all'apice dell'amministrazione, controlla e approva tali programmi d'azione.

Ma quale è il contenuto dei suddetti piani operativi? Dal testo del PPG, punteggiato di *omissis* più o meno estesi, si evince come si tratti di piani di attacco estremamente generici, che fissano, *inter alia*, gli obiettivi da raggiungere con le operazioni ivi predisposte; la durata e i costi delle medesime; le condizioni in presenza delle quali all'operazione può essere data esecuzione. Ciò vuol dire che il coinvolgimento di soggetti esterni alla *operating agency*, di pari o superiore grado³¹, avviene in un momento precedente al (e a prescindere dal) singolo attacco e su questioni di carattere generale.

Non pare esservi, dunque, salvo casi eccezionali in deroga al PPG (cfr. ad esempio sezione 5.B)³², il coinvolgimento di soggetti apicali o comunque esterni al momento della singola decisione di aprire il fuoco.

Il cerchio, dunque, inizia a restringersi al CTC o, al più, alla CIA. Proviamo a tratteggiare un ipotetico quadro della catena di comando, sulla base delle indicazioni di rogatoria richiamate *supra*, e segnatamente di quella relativa alla “*individuazione di coloro che hanno coordinato il monitoraggio del compound, gestito e autorizzato gli strikes*”.

Tre soggetti (o gruppi di soggetti) dunque: (1) l'agente che “*monitora*” il *target*; (2) l'agente che “*autorizza*” la singola operazione di *drone strike*, (3) l'agente che “*gestisce*” la medesima; categoria, questa ultima, suscettibile di includere tutti quanti abbiano preso parte all'attacco, incluso, ai piedi della piramide esecutiva, l’“*operatore*” deputato all'attivazione dei comandi del velivolo armato. In ordine alla specifica

³¹ Cfr. Sezione 1.B (“*Interagency Review of Operational Plans*”) e Sezione 1.H (“*Presentation to the President*”).

³² La disposizione, rubricata “*Extraordinary Cases: Variations from the Policy Guidance Otherwise Set Forth in this PPG*”, fa salvo il potere del Presidente degli Stati Uniti, in quanto “*Commander in Chief and Chief Executive*” di autorizzare ogni azione diretta al di fuori dei limiti imposti nel PPG.



5/2018

operazione di *drone strike*, quindi, l'azione dei soggetti subordinati che consta nel lancio del missile *Hellfire* dal drone postulerebbe la necessaria previa autorizzazione del vertice direttivo, la cui valutazione non può prescindere dal significativo lavoro di *intelligence* che precede la decisione per l'azione, in un circolo di ordini impartiti ed eseguiti in ottemperanza a specifici obiettivi.

Tanto premesso, nel presente contributo si assumerà, come contesto operativo di riferimento, il seguente: la singola operazione di *drone strike* viene autorizzata, sulla base dell'*intelligence* raccolta e rielaborata dall'agente *sub 1*), dal soggetto (o dai soggetti; d'ora in avanti si impiegherà il singolare per mera comodità espositiva) *sub 2*) e gestita, in conformità al comando generato dal primo, dalla figura a questi subordinata (l'agente *sub 3*). In tale ipotesi, quindi, si assume che il soggetto responsabile del monitoraggio non ha alcuna incidenza sulla decisione di abbattere un determinato *target*, limitandosi a fornire un "dato". Tralascieremo, pertanto, di analizzare il contributo di questi, pur nella consapevolezza che, in altri scenari, la rielaborazione non corretta (se non volontariamente viziata!) di dati e la trasmissione di questi a chi autorizza l'operazione ben potrebbe esporlo a responsabilità penale, quantomeno a titolo colposo.

4. La controversa conciliabilità delle ricostruzioni "classiche" su scriminanti ed elemento soggettivo con il caso degli omicidi mirati a mezzo drone.

La questione che a questo punto si pone attiene alle ragioni per cui la Procura di Roma ha ritenuto, in sede di provvedimento conclusivo delle indagini, come si evince dalle fonti giornalistiche già richiamate nell'*incipit* del presente scritto, di pervenire ad una richiesta di archiviazione per il fatto di cui agli artt. 575 e 589 c.p., obliando alla summenzionata accertabile riconducibilità agli organi dell'Esecutivo americano della responsabilità per la morte di Lo Porto.

In questa sede, pertanto, si tenterà di comprendere, partendo dal caso *de quo* – con uno sguardo, però, pur sempre in prospettiva – in che misura possa invece affermarsi la responsabilità per omicidio di chi autorizza l'attacco e di chi aziona materialmente il drone, sciogliendo il nodo della tipologia di elemento soggettivo ricostruibile in ipotesi siffatte di particolare uso di forza letale tale da attingere non solo il *target* selezionato (*id est*: il "terrorista"), ma anche – e inevitabilmente – il *target* non consentito (*id est*: la "vittima").

La necessità della personalizzazione della responsabilità imporrà allora una diversa ricostruzione dell'elemento soggettivo in capo, come si è detto al paragrafo precedente, a quanti autorizzino l'attacco e a quanti gestiscano l'operazione nel suo complesso, rispetto ai quali la colpevolezza emerge con una veste autonoma e peculiare. Le questioni sul tappeto sono pertanto le seguenti:

- I. Qual è la tipologia di atteggiamento psichico osservabile in capo a quanti "autorizzano" le operazioni di omicidio mirato tramite drone?
- II. Quale, se diversa, è la dimensione soggettiva rintracciabile in capo a chi "gestisce" le medesime operazioni, con riferimento, in particolare, all'operatore-pilota del drone?

4.1. Segue. Colpa cosciente, dolo eventuale e dolo diretto: assunti di teoria generale...

Va preventivamente evidenziato, per completezza teorica, che l'accertamento della riconducibilità di un certo atteggiamento psichico, tenuto da un agente concreto nella commissione del fatto illecito, al profilo soggettivo del dolo eventuale, in luogo dei contigui *stati* della colpa cosciente e del dolo diretto, passa attraverso una valutazione complessa, che si pone a cavallo tra diritto e scienze della psiche³³.

Che in ordine all'accertamento degli stati soggettivi sottesi alla realizzazione di una condotta illecita ci si trovi dinanzi ad un complesso variegato di teorie³⁴ è cosa nota, anche dopo quella che appariva essere³⁵ – o almeno si auspicava che fosse – la risolutoria sentenza resa, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, nel caso Thyssenkrupp³⁶.

Le molteplici soluzioni prospettate hanno interessato in particolare il campo “minato” del *discrimen* tra forme di dolo e forme di colpa, delle quali l'accertamento in concreto appare essere l'unico condiviso elemento in comune. Riguardo al controverso “rapporto” tra dolo eventuale e colpa cosciente, dalla pronuncia citata è emerso il tentativo di prefigurare come discretiva la componente volitiva³⁷; le difficoltà insite nel suo concreto accertamento, tuttavia, hanno indotto la Suprema Corte, cui ha fatto altresì eco la giurisprudenza successiva³⁸, ad accogliere la proposta, avanzata da illustre dottrina³⁹, di ricorrere a specifici “indicatori”⁴⁰ ai fini della dimostrazione dell'esistenza

³³ I due settori innanzi citati non sono infatti pienamente sovrapponibili, nonostante l'ontologica attitudine degli elementi soggettivi a cogliere l'atteggiamento psichicamente tenuto dall'agente. Infatti, i concetti che rilevano nel processo e che sono indispensabili al giudice per l'accertamento della responsabilità del reo, sono riconducibili a categorie giuridiche “*la cui 'realtà' è data dal fatto che il codice li configura come tali, non dal fatto che essi esistono come dati ontologici a priori*”. In questi termini SALVINI-RAVASIO-DA ROS, *Psicologia clinica giuridica*, Giunti, 2008, p. 45. Tuttavia la necessità di guardare alle scienze della psiche per misurare rispetto a queste la reale tenuta in sede processuale della componente psicologica del dolo, come elaborata dalle frange dei giuristi, è messa in luce da FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, pp. 1938 ss.; ID., *Appunti sul ‘pluralismo’ dei modelli e delle categorie di diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate*, 1, 2011, pp. 81 ss. Altresì interessanti le osservazioni sul punto di DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in *questa Rivista*, 30 gennaio 2017, la quale mette in dubbio l'empirica esistenza e verificabilità, alla luce delle regole della psicologia scientifica, delle costruzioni giurisprudenziali e degli assunti dottrinali-penalistici in tema di prova dell'elemento soggettivo.

³⁴ Cfr., in tema di dolo eventuale, DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, in *questa Rivista*, 18 marzo 2015.

³⁵ FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, cit.

³⁶ Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), imp. Espenhahn e altri.

³⁷ ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 567, nt. 18; RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, ivi, 2014, p. 1967; BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2572.

³⁸ Cass., Sez. V, Sent. n. 45997, 2 novembre 2016; Cass., Sez. 5, Sent. n. 23992, 23 febbraio 2015; Cass., Sez. 2, Sent. n. 43348, 30 settembre 2014.

³⁹ HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *L'indice penale*, 1991, pp. 498 ss.; FINZI, *La intenzione di uccidere. Considerata in relazione ai vari modi coi quali può commettersi un omicidio*, Milano, 1954; BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.

⁴⁰ Per un elenco dettagliato di tali indicatori si rinvia alla pronuncia Thyssenkrupp a Sezioni Unite n. 38343,

del dolo eventuale. Rivisitata la teoria dell'accettazione del rischio⁴¹, la Cassazione in commento è intervenuta, però, anche sul versante della rappresentazione, individuando la lucida e chiara previsione dell'evento concreto come *quid* del dolo eventuale, e una rappresentazione più sfumata dello stesso come *proprium* della colpa con previsione⁴². Si è però opinato che il diverso grado di rappresentazione dovrebbe piuttosto costituire l'elemento distintivo, all'interno del dolo, tra le sue due forme più problematiche, dolo eventuale e diretto, rispetto alle quali si dibatte in giurisprudenza, di "concreta possibilità", da un lato, e "(alta) probabilità" della verifica delle conseguenze, dall'altro⁴³.

Appare però utile, alla luce del tema affrontato nel presente scritto, la visualizzazione dei suddetti elementi soggettivi non solo sul piano della colpevolezza, ma altresì su quello della tipicità. Può essere infatti un adeguato esercizio, risolutivo anche di numerosi problemi probatori, quello di indagare la dimensione psichica, specie in contesti fattuali "critici" (dove si estrinsecano attività strutturalmente pericolose), a partire dalla verifica dei "tratti dolosi" e dei "tratti colposi" di ogni condotta tipicamente realizzata⁴⁴.

Ciò che emerge, in ogni caso, è che parlando di elementi soggettivi ci si muove su un terreno scosceso, nel quale gli stati psichici si confondono e mescolano, a seconda delle componenti e del *quantum* che di questi si valorizzano⁴⁵. E tanto vieppiù in relazione a contesti "particolari", nei quali si discute della responsabilità di soggetti "atipici" rispetto ai rei tradizionali, difficilmente qualificabili come figure sprezzanti o noncuranti

24 aprile 2014, cit., pp. 184 ss. Non ha invece avuto seguito il pensiero di quanti sostenevano l'irrelevanza della prova del dolo, ritenendo sufficiente affermare, ai fini della motivazione, "che il dolo risulta dalle circostanze di fatto": in questi termini MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981.

⁴¹ Nel senso che, alla luce della citata sentenza, tale forma di dolo non si esaurisce nell'accettazione del rischio, ma involge l'adesione interiore del soggetto agente a tale evento collaterale ("se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto, costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa", Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit., p. 182). In dottrina, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, 2014, p. 381; ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 559 ss.; in giurisprudenza Cass., Sez. 5, Sent. n. 7332, 07 gennaio 2015; Cass., Sez. 6, Sent. n. 7389, 24 gennaio 2014; Cass., Sez. 1, Sent. n. 267, 14 dicembre 2011.

⁴² Parte della dottrina, invero, non condivide le presunte sfumature della rappresentazione tra colpa "major" e dolo "minor": sul punto, AIMI, [Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp](#), in *questa Rivista.*, 6 novembre 2014, pp. 13 ss.; FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, cit., pp. 1944 ss.; MONGILLO, [Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della sentenza Schettino](#), in *questa Rivista*, 14 febbraio 2018, pp. 12 ss.

⁴³ Cass., Sez. 6, Sent. n. 1367 del 26 novembre 2006; Cass., Sez. 1, Sent. n. 12954, 29 gennaio 2008. Sulla distinzione tra dolo diretto ed intenzionale, cfr. da ultimo Cass., Sez. 5, Sent. n. 23618, 11 aprile 2016.

⁴⁴ DONINI, [Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, pp. 93-94 e RAFFAELE, [La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 424.

⁴⁵ Evidenzia il profilo della difficoltà delineatoria di uno schema distintivo univoco tra le forme di elemento soggettivo, tra gli altri, RAFFAELE, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa*, cit., pp. 422 ss.

delle regole dell'ordinamento, anche in ragione dello specifico *background* conoscitivo ed esperienziale di partenza delle loro azioni e scelte.

Ancora più complessa diventa la questione dell'accertamento in concreto dello stato soggettivo dell'agente in situazioni in cui un assetto strutturale di un certo tipo e la presenza di certi dati fattuali, potrebbe condurre a presunzioni ed automatiche inferenze di un certo stato soggettivo, escludendo senza eccezioni quello opposto; trattasi dei casi in cui, ad esempio, l'agente si muova in un contesto "presuntivamente" lecito, sulla scorta di regole di condotta (anche) codificate che possano lasciar emergere dei "campanelli d'allarme" circa i possibili effetti negativi delle condotte poste in essere e il cui riconoscimento viene inquadrato *de plano* come contenuto di un dovere di diligenza⁴⁶, sì da giustificare l'ascrizione del fatto all'area della colpa⁴⁷.

4.2. Segue. ...e ricadute pratiche in tema di drone strike. L'elemento soggettivo in capo a chi "autorizza" l'operazione...

Se questo, a grandi linee, è il quadro di fondo, come le più recenti risultanze giurisprudenziali e le ricostruzioni dottrinali degli elementi soggettivi possono trovare applicazione nel campo degli omicidi collaterali per *drone strike* con riferimento, in particolare, all'ipotesi in cui dall'omicidio del *target* consentito consegua la morte di altro soggetto, questa volta *target* non consentito? L'episodio di Lo Porto potrà essere di qualche utilità al lettore, se non altro per dare maggior concretezza a un ragionamento che vuole, nelle intenzioni di chi scrive, mantenersi il più possibile astratto e, anche in considerazione del fatto che le indagini sono ancora *in fieri*, non partigiano.

Si ipotizzi il seguente *primo scenario*: colui il quale ha il compito di autorizzare lo strike non è a conoscenza della presenza di un *target* non consentito nelle immediate vicinanze del *target* consentito. Ammettendo che trovi applicazione il già citato PPG, verrebbero utilmente in rilievo, tra le altre, le seguenti regole "cautelari" di cui al suddetto documento: in generale, l'obbligo, contenuto alla sezione 1.F, di verificare l'identità del *target* prima di dare avvio all'operazione di strike, impiegando "*all reasonably available resources*"; in particolare, l'obbligo, per ogni "*operating agency*", di adottare "*harmonized policies and procedures*" per valutare la "*near certainty that non-combatants will not be injured or killed*" (cfr. Sezione 1.E. n. 2). Sorvolando sull'impiego di un'espressione quale quella di "*non-combatants*" al di fuori di un conflitto armato, su cui già si è detto *supra*, si dovrebbe quindi pervenire alla conclusione che la colpa sia postulata dalla circostanza che, nell'autorizzare l'attacco, non si sia agito contro

⁴⁶ PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2013, p. 27.

⁴⁷ È quanto si verifica, ad esempio, in un contesto lecito come quello economico, rispetto al quale riferisce di "segnali d'allarme" PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., p. 22 e DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 82, o in quello della circolazione stradale, che solo di recente la giurisprudenza ha ritenuto potersi ascrivere all'alveo del dolo (eventuale) (cfr. Cass., Sez. 1, Sent. n. 8561, 11 febbraio 2015; Cass., Sez. 1, Sent. 37606, 26 marzo 2015).



5/2018

“terroristi” o non si sia valutata correttamente la percentuale di certezza della presenza di *target* non consentiti nell’area bombardata.

Potrebbe quindi trattarsi di un vizio nella raccolta o rielaborazione di *intelligence*: in questo caso, eventuali responsabilità ricadrebbero, semmai, su coloro che hanno coordinato il monitoraggio del *compound*. Posto che, più sopra, abbiamo escluso dall’ambito della presente analisi il soggetto preposto al monitoraggio, non pare inutile svolgere i rilievi che seguono, non fosse altro per rendere ulteriore ragione di tale selezione. È lecito dubitare, infatti, che tale scenario si verifichi, quantomeno con considerevole incidenza. L’attacco armato è generalmente sferrato dopo una fase di attento e prolungato monitoraggio del campo operativo. I droni attualmente impiegati viaggiano a un’altezza variabile, fino a 30.000 piedi, per un periodo di tempo generalmente fino alle 24 ore; è noto, ad esempio, che un’operazione di ricognizione e di raccolta di *intelligence* richiede in media l’impiego di quattro velivoli e di più di 170 operatori⁴⁸. Tecnologie quali il c.d. *Gorgon Stare*⁴⁹ consentono un controllo continuo e penetrante al punto che, se pure non può logicamente escludersi una falla nella fase di raccolta dati, non può nemmeno ignorarsi la scarsa verosimiglianza di tale ipotesi⁵⁰.

Passiamo pertanto a un *secondo scenario*, in cui la presenza di un *target* non consentito, a una distanza dal *target* consentito tale per cui non è possibile attaccare il secondo senza attingere, al contempo, il primo, è nota o comunque prevista come altamente probabile.

Ci sembra che tale scenario sia non solo possibile, ma sia anche, ad oggi, il più plausibile. Tre circostanze, quantomeno, muovono in tale direzione. Primo: il PPG – che pure, lo si è visto, prevede che siano adottate *policy* per minimizzare i rischi per i *target* non consentiti – vale per quel che vale, è cioè per un documento giuridicamente non vincolante. Non vi è garanzia che le regole ivi contenute (ad esempio, quella che impedisce di sferrare un attacco in caso di “*near certainty*” di presenza di *target* non consentiti) siano rispettate, innanzitutto poiché manca qualsiasi strumento per accertarne (nonché, nel caso, sanzionarne) la mancata osservanza, e tanto anche laddove le regole contenute fossero le migliori possibili. Ma – secondo – ciò non è: le regole del PPG partono, come si è già detto, da un presupposto intrinsecamente erroneo, e cioè che

⁴⁸ V. HOFFMAN, *Army, Air Force answer critics of UAV progress*, Army Times, 10 settembre 2012.

⁴⁹ Per uno zoom sugli impieghi più recenti di tale tecnologia, si consulti questo [link](#). Cfr. altresì HOLEWINSKI, *Just Trust Us: The Need to Know More About the Civilian Impact of US Drone Strikes*, in BERGEN-ROTHENBERG, cit., pp. 42-70, in part. p. 56.

⁵⁰ Relativamente al fatto, invece, che l’identità dei *target* rimanga ignota la questione dell’integrità e dell’affidabilità dei dati riguadagna un posto centrale. Sul punto si rimanda *amplius* a KELLMANN, *Targeted Killings*, cit., pp. 33-38. Quanto alla designazione del *target* consentito, si è soliti distinguere, nella prassi, tra “*personality strikes*” (in cui l’identità personale del *target* è nota e confermata, ad esempio, in seguito di ricognizione facciale o biometrica) e “*signature strikes*” (in cui l’identità del *target* è “ricostruita” sulla base di un “*pattern of life*”, ovvero di una serie di comportamenti e caratteristiche indicativi, nel complesso, della pericolosità dell’individuo in questione). Sul punto, cfr. HOLEWINSKI, *Just Trust Us*, cit., in BERGEN-ROTHENBERG, cit., pp. 45-46; KINDERVATER, *The Emergence of Lethal Surveillance: Watching and Killing in the History of Drone Technology*, in *Security Dialogue*, vol. 47 n. 3, 2016, pp. 224 ss.; WALL-MONAHAN, *Surveillance and Violence from Afar: The Politics of Drones and Liminal Security-Scapes*, in *Theoretical Criminology*, vol. 15 n. 3, 2011, pp. 239-245.

negli scenari in cui sono chiamate a trovare applicazione (“*outside ... areas of active hostilities*”) siano spendibili le categorie di “*non-combatants*” o di “*minimizzazione di vittime collaterali*”. Se è lo stesso PPG a promuovere una logica da “conflitto armato”, con la conseguente applicabilità di principi quale quello di proporzionalità (che ammette, a determinate condizioni, la possibilità di cagionare vittime o danni collaterali, se controbilanciati da un adeguato vantaggio militare), non v'è da stupirsi che, all'atto pratico, risulti probabile che il *target* non consentito sia stato attaccato consapevolmente (o comunque in presenza di una coscienza e volontà sufficientemente formatesi), e non quale frutto di un'*intelligence* incompleta. Terzo, e ultimo: i dati forniti da agenzie di stampa, locali e non, circa il numero di *drone strike* e di *target* colpiti solleva non pochi dubbi sul fatto che la presenza di “vittime” sia un fattore preso in considerazione, a maggior ragione se si considera che molti attacchi avvengono in aree tutto fuorché isolate da centri urbani.

In estrema sintesi: è verosimile che il coefficiente psichico in capo a chi autorizza l'omicidio mirato a mezzo drone superi, talora abbondantemente, la soglia della prevedibilità e della non accettazione del rischio di evento collaterale⁵¹, propri dell'elemento soggettivo della colpa ancorché con previsione, per entrare invece nel campo minato del dolo.

Sicché, le due forme di tale ultimo elemento che potrebbero ricostruirsi in capo a chi autorizza l'attacco tramite drone⁵², per avere ucciso una “vittima collaterale” (*rectius*: un *target* non consentito), sulle quali l'organo giudicante dovrebbe pertanto esercitare il suo discernimento, sono quelle eventuale o diretta. Analizziamo, quindi, i coefficienti di volizione e rappresentazione osservabili in ipotesi di omicidi di *target* non consentiti; e facciamo ciò sottoponendo detti coefficienti a puntuale verifica alla luce di alcuni tra gli indicatori più utili (ai nostri fini), evidenziati dalla pronuncia nel caso Thyssenkrupp, come elaborati da dottrina precedente⁵³.

Partiamo da quelli afferenti la condotta, e proviamo a declinarli secondo i fatti finora emersi nel procedimento in commento:

I. Natura e modalità di svolgimento della condotta.

Si valorizzino i dati fattuali delle caratteristiche dell'arma (un drone armato, attivato da remoto, dal quale vengono sganciati, tipicamente, missili *Hellfire*), la reiterazione e la direzione dei colpi (precisi, diretti contro il bersaglio), la distanza tra il

⁵¹ Ci sia consentito utilizzare la formula “accettazione del rischio di evento”, ritenendo di non tradire gli assunti della Suprema Corte nel caso Thyssenkrupp: la stessa, come si è detto, rilegge la teoria dell'accettazione del rischio nel senso di ritenere elemento imprescindibile della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente proprio il rischio di verificazione dell'evento, che si accetta allorché si agisce anche a costo di cagionarlo; sul punto, si veda la chiara lettura data da PIRAS, [La non obbligatorietà del bilanciamento nell'accertamento del dolo eventuale](#), nota a Cass., Sez. v, 10 feb. 2015 (dep. 12 maggio 15), n. 19554, Pres. Lombardi, est. Zaza, imp. Tettamanti, in *questa Rivista*, 15 luglio 2016, pp. 8-10.

⁵² Nel caso di specie, tale ruolo era stato assunto da Michael D'Andrea, trasferito ad altro incarico presso la stessa CIA un mese prima della già citata conferenza stampa di Obama.

⁵³ In relazione ai citati indicatori, si rinvia a quanto messo in luce al § 4.1. (e, in specie, ai riferimenti di cui alle note n. 37 e 38).

drone e il *target*, la parte vitale del corpo presa di mira e quella concretamente attinta (in questo caso, l'attacco si sostanziava in un bombardamento dall'alto sull'intero *compound*, per cui appare necessario configurare l'intera persona, ancorché non a vista, come obiettivo possibile, che viene fatta – letteralmente – “saltare in aria”). In aggiunta, non bisogna dimenticare che il raggio degli effetti della bomba sganciata si proietta al di là del perimetro del *compound*, per investire potenzialmente tutti gli elementi – animali, cose e, ovviamente, persone – contigui allo stesso.

Pare del tutto concepibile che la produzione di un evento lesivo a terzi, nella specie il *target* non consentito (nel caso in esame, il Lo Porto e il compagno di prigionia), ancorché diversi dai reali bersagli presi di mira, fosse fatto altamente probabile e non meramente possibile⁵⁴. In ipotesi siffatte c'è quindi sì accettazione dell'evento lesivo per così dire “collaterale” (rappresentato in questa ipotesi dalla morte di Lo Porto), ma altresì, a monte, rappresentazione certa della probabile verifica dello stesso, anche alla luce della pericolosità della condotta posta in essere⁵⁵.

II. Luogo, durata ed eventuale reiterazione della stessa (condotta).

Le (ancorché limitate) emergenze fattuali a disposizione della Procura davano conto della realizzazione di tre attacchi tramite drone, nello stesso luogo, nei giorni 15, 18 e 19 gennaio 2015.

La ripetizione degli attacchi implica quindi due considerazioni: la possibilità per le vittime collaterali di rimanere indenni agli attacchi sferrati su sì larga scala è quindi logicamente inconsistente; la verifica dell'evento collaterale e l'accettazione di questo da parte dei responsabili dell'azione (qui del capo CTC), al contrario, è altamente plausibile, se non ai limiti della certezza⁵⁶. Si può osservare, quasi *en passant*, come, se così non fosse, si perverrebbe a un rovesciamento, allarmante se non sinistro, della “*near certainty that non-combatants will not be injured or killed*” di cui all'allora vigente PPG.

⁵⁴ Cass., Sez.1, Sent. n. [12954](#), 29 gennaio 2008.

⁵⁵ “(...) 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 possibile 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” (BGH, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 538 ss.), riportata e tradotta da DOVA, [Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e “soglia d'inibizione”](#), in questa Rivista, 4 febbraio 2015, p. 13.

⁵⁶ La reiterazione della condotta sarebbe idonea ad escludere la presenza di stati sottesi di impulsività, mancata valutazione “razionale” dei rischi ed imprudenza, i quali viceversa dovrebbero indurre ad ritenere che sul piano soggettivo l'agente non abbia volontariamente accettato la possibile verifica di conseguenze lesive: tanto, in ossequio alle indicazioni fornite dalla dottrina tedesca della “soglia di inibizione”, sulla quale DOVA, *Un dialogo*, cit. Proprio la già citata pronuncia al caso Thyssenkrupp chiarisce che “una condotta lungamente protratta, studiata, ponderata, basata su una completa ed esatta conoscenza e comprensione dei fatti, apre realisticamente alla concreta ipotesi che vi sia stata previsione ed accettazione delle conseguenze lesive” (Cass., SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit., p. 185).



5/2018

III. I comportamenti precedenti la condotta tipica ed eventuali documenti, dati, relazioni a disposizione dell'agente, sufficienti a far prevedere l'evento come possibile o certa conseguenza della condotta.

Alla luce della descrizione prima resa circa le modalità di investigazione e di azione del drone, sembra del tutto irragionevole che un attacco possa essere sferrato in assenza di dati certi sulla presenza, nello stesso luogo ed allo stesso momento, di tutti i bersagli "diretti" (altrimenti eludendosi il fine "diretto" per cui si agisce e dilapidandosi il patrimonio di conoscenze, attività ed informazioni di *intelligence* acquisite nel periodo precedente l'attacco e al fine della sua realizzazione).

Sembra invece ragionevole, come già si è detto, fosse solo a partire dalle dinamiche proprie dell'odierna "Global War on Terror", che la finalità di lotta al terrorismo perseguita, possa giustificare attacchi anche in assenza di dati certi sulla eventuale presenza di "vittime collaterali"⁵⁷, la cui morte, quindi, è conseguenza non direttamente voluta ma "obliquamente" accettata.

Vediamo ora come si possono atteggiare alcuni tra gli indicatori inerenti al reo, afferenti, quindi, al momento più strettamente volitivo:

a) La qualifica.

Senz'altro peso ha il ruolo rivestito dal responsabile dell'operazione di attacco tramite drone. La qualifica assunta postula infatti sia una piena e specifica capacità direttiva, sia una profonda conoscenza dello "stato dell'arte" e la competenza a stabilire l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'attacco. Si potrebbe escludere, quindi, che sussistano profili di negligenza nell'autorizzare il bombardamento ove una posizione di spicco sul piano decisionale implichi l'accesso ad un *database* significativo e ad un bagaglio di informazioni acquisite e stratificate nel tempo, altresì, come si assume, frutto del contributo di soggetti professionali (coloro che compiono l'attività di monitoraggio) nonché di tecnologie d'avanguardia.

b) Il fine della condotta e la compatibilità di esso con le conseguenze collaterali

La questione che qui si pone è se la morte di *target* non consentiti sia un prezzo sopportabile a fronte della realizzazione dell'evento cui la condotta lesiva è direttamente preordinata.

⁵⁷ In questa sede si utilizzerà, in alternativa a *target* non consentito, anche la perifrasi "vittime collaterali", ancorché la mancata inerente della condotta statunitense ad un conflitto armato impedisce il ricorso ai concetti di "danno collaterale" e di "proporzionalità" nel senso che ad essi è dato dal diritto internazionale. Per approfondimenti si vedano: Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati internazionali, firmato a Ginevra in data 8 giugno 1977, art. 51, par. 5, lett. b); ICTY, *Prosecutor vs. Galić*, IT-98-29-T, 5 dicembre 2003, § 58; id., *Prosecutor vs. Kupreškić and Others*, IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, § 524; HENCKAERTS&DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, vol. I, 2005, *Rule 14*, pp. 46 ss.; SANDOZ-SWINARSKI-ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1987, pp. 613 ss.. La nozione testé citata, quindi, dovrà essere intesa in senso non-internazionalistico ma penalistico, riferendo essa ai soggetti che non siano bersagli diretti, ma vittime solo eventuali e contingenti di un attacco diretto ad altri fini.

Ora, se si ammettesse che tale fatto sia commesso in un contesto di belligeranza (nei modi già evidenziati al § 2), allora la risposta potrebbe essere positiva⁵⁸. Ma accogliendo l'opposta e già sufficientemente suffragata tesi per cui gli attacchi sferrati dagli Stati Uniti in Pakistan e in tutte le altre aree in cui tale Paese ritiene - unilateralmente - di condurre una "Global War on Terror" siano atti illeciti anche sul piano internazionale, l'ovvia conclusione dovrebbe essere nel senso che nessuna vittima collaterale, alle condizioni in cui gli attacchi con drone hanno regolarmente luogo, è un costo accettabile.

L'averne indi agito anche "a costo"⁵⁹ di determinare detto evento implica *ipso facto* la piena accettazione della sua realizzazione. Potrebbe altresì comportare la dimostrazione di un'alta probabilità in ordine al suo verificarsi, sol se si ritenga che dall'utilizzo dei droni come armi sì tecnologiche, ma non perfette, possa derivare la causazione di fatti ingiusti a danno di obiettivi non consentiti.

⁵⁸ Cfr. art. 51, par. 5, lett. b), Protocollo addizionale, cit.: "[a]mong others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate: (...) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated". Per una lettura originale del principio, con una nota critica nei confronti della più recente giurisprudenza internazionale penalistica in materia, si veda OHLIN, *Targeting and the Concept of Intent*, in *Cornell Law Faculty Publications, Paper 774*, 2013, pp. 79-130. L'Autore intende infatti ribadire, sotto il profilo penalistico, l'importanza del principio di proporzionalità nel diritto internazionale umanitario, mantenendolo concettualmente separato da quello di distinzione: mentre non è consentito, ai sensi degli artt. 48 e 50 ss. del Protocollo addizionale, attaccare "direttamente" un "civile" (si è, dunque, nell'ambito di un conflitto armato, tipicamente internazionale), è ben possibile, come si è visto, attaccarlo "indirettamente" (cioè quale "vittima collaterale", purché sia soddisfatto il canone di proporzionalità di cui all'art. 51, par. 5, lett. b)). È chiaro, ritiene Ohlin, che sotto il profilo penalistico la presenza di "civili" nell'area individuata per il *targeting*, se nota, potrebbe apparire come elemento utile per la ricostruzione di un dolo eventuale nell'illecito penale derivante dalla violazione del principio di distinzione; ma ciò sarebbe, in definitiva, fuorviante, poiché è proprio il principio di proporzionalità ad esigere non solo la previsione della presenza di "civili" potenzialmente interessati dal *targeting*, ma anche la valutazione della loro uccisione sotto il profilo del vantaggio militare. Insomma, sarebbe auto-contraddittorio che l'ordinamento giuridico conferisse ai combattenti il potere di cagionare "vittime collaterali", purché "proporzionate", e, allo stesso tempo, ne consentisse la punizione essendo il fatto tipico integrato dall'elemento soggettivo del dolo eventuale. L'Autore suggerisce quindi un ricorso più ponderato all'istituto del dolo eventuale quando si tratti di *targeting*, considerato il suo "potenziale distruttivo" per categorie fondamentali del diritto internazionale umanitario quali quelle di "distinzione" e "proporzionalità" sopra definite. Per quanto condivisibile, quanto appena detto non troverebbe in ogni caso applicazione agli omicidi mirati commessi a mezzo drone, se è verificato l'assunto secondo il quale essi si collocano *al di fuori di un conflitto armato* e, di conseguenza, in uno spazio legale in cui non è permesso applicare il principio di proporzionalità, come si è dimostrato *supra*.

⁵⁹ Il termine utilizzato richiama volontariamente una delle soluzioni più rilevanti in tema di distinguo tra dolo eventuale e colpa cosciente, dal sapore quasi matematico, nota come "formula di Frank", formulata da VON FRANK (*Das Strafgesetzbuch fuer deutsche Reich*, Tuebingem, 1926, 17 ed., p. 182) ed avallata dalla giurisprudenza di legittimità (rispetto al reato di ricettazione, Cass., SS.UU., 26 novembre 2009, imp. Nocera, in *Foro It.*, 2010; con funzione indiziaria, Cass, SS.UU., n. 38343, 24 aprile 2014, cit.). In base alla suddetta, si assume l'evento come "costo", come prezzo da pagare, come sacrificio irrinunciabilmente, anche se potenzialmente, da sopportare per ottenere il fine sotteso alla realizzazione della condotta: è decisione contro il bene giuridico. In dottrina, si veda sul punto EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U.*, 24 aprile 2014 (*ThyssenKrupp*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 625 ss.; GENTILE, «[Se io avessi previsto tutto questo...](#)». *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *questa Rivista*, 30 ottobre 2013.

c) Il contesto lecito o illecito di base⁶⁰.

La presente questione è oltremodo complessa, e si rinvia, per una specifica analisi al § 2. Basti solo osservare che l'illiceità del contesto in esame (come si è tentato, appunto, di dimostrare), è dato espressivo della volontarietà della condotta in esso posta in essere. Non pare sostenibile l'esistenza di un errore, il quale presuppone delle regole cautelari, per lo svolgimento di attività lecite, involontariamente eluse⁶¹. Sul punto del contesto in cui le operazioni di omicidio mirato a mezzo drone hanno luogo si tornerà, con maggior dettaglio, al momento di trarre le conclusioni del presente contributo.

Tirando le fila della valutazione innanzi compiuta, appare convincente la tesi della natura dolosa della responsabilità per l'omicidio di vittime "collaterali", ascrivibile in capo a chi autorizza un'operazione di *drone strike* (e così, nel caso di specie, del capo del CTC della CIA). Esclusa la rilevanza di una condotta colposa, alla luce dell'accertamento di una *voluntas* di azione verso uno scopo, residua la possibilità di optare per uno dei due profili di dolo che assumono rilievo. Il *discrimen* tra la forma diretta e quella eventuale di tale stato soggettivo, come già accennato, sarà quindi da fondare sul diverso peso della volizione, dando per presupposto, al minimo, l'accettazione dell'evento collaterale come "costo" sostenuto per il perseguimento dell'obiettivo-ultimo.

La situazione che qui si indaga è certo profondamente diversa da quella che conduceva le Sezioni Unite a confermare la sentenza della Corte di Assise di Appello di Torino nei confronti dell'amministratore delegato della Thyssenkrupp, Espenhahn⁶². Nella presente sede, infatti, facendosi purtuttavia uso del medesimo meccanismo di indagine sulla base degli indicatori usati dalle Sezioni Unite, si perviene all'opposta conclusione per cui il "costo" della morte di soggetti non terroristi sia per gli Stati Uniti "sopportabile", costituisca cioè un prezzo necessario da pagare per ottenere un fine (illecito), la cui prefigurazione, in termini di probabilità (dolo diretto) o possibilità

⁶⁰ Sul punto, FIANDACA, *Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, nota a Trib. Roma, 26 novembre 2008, Gup Finiti, imp. Lucidi, in *Foro it.*, 2009, p. 10.

⁶¹ Due le argomentazioni a sostegno dell'esclusione della colpa in contesti di base illeciti: 1) un'attività illecita, quindi vietata, non può essere affiancata da regole che ne orientino la "corretta" esecuzione; 2) manca la possibilità di rintracciare in tale contesto il soggetto ideale, da assumere come punto di riferimento del giudizio di colpa. Negano esplicitamente la configurabilità della colpa in attività illecite CARMONA, *Il versari in re illecita «colposo»*, in *Ind. Pen.* 2001, pp. 223 ss.; ID., *La "colpa in concreto"*, cit., pp. 4586 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 131; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 367; PICCARDI, *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. Pen.* 2004, p. 877; PIRAS, *L'imputazione delle circostanze aggravanti*, in *Cass. Pen.* 1999, pp. 3441 ss. In termini più stemperati v. pure DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, p. 168 ("la colpa presuppone di solito l'esercizio di un'attività fondamentalmente lecita").

⁶² In quell'ipotesi, le SS.UU. confermavano la ricostruzione tesa alla configurazione di un'ipotesi di omicidio per colpa cosciente, ritenendo che il suddetto amministratore, ove si fosse rappresentato l'evento-incendio, si sarebbe trattenuto dal compiere politiche aziendali dannose, stante le pregiudizievoli conseguenze economiche che da esso erano poi effettivamente derivate.

(eventuale), non avrebbe (e non ha) dissuasione dall'agire⁶³, autorizzando il bombardamento tramite uso del drone.

4.3. Segue: ... e a chi la "gestisce". Possibili ipotesi alternative?

Passiamo ora a valutare il contributo del "gestore", ruolo dietro il quale si celano, tipicamente, i soggetti-operatori che, in conformità all'ordine ricevuto dal superiore-autorizzatore attivano da remoto l'arma montata sul drone.

Si è già detto come la caratteristica peculiare del *drone strike* sia l'esistenza di una distanza non solo fisica, ma anche "psicologica", dell'operatore dal *target*. Costui si trova infatti a contatto immediato solo con uno schermo e manovra un *joystick* quasi come il giocatore di un *video game*, con la differenza che, nel caso che ci riguarda, a dispetto di quanto accade nella finzione di un gioco elettronico, l'attacco armato è sferrato verso soggetti veri e reali. In metafora, il "gioco" non può essere ricaricato nell'ipotesi di *game over* od ove il "giocatore" commetta taluni errori di valutazione dei rischi e causi danni non voluti.

L'attivazione di un'arma da remoto produce una "separazione" dal bersaglio tale per cui appare difficile ricostruire lo stato soggettivo tenuto da chi ha compiuto l'azione materiale, nel momento in cui ha agito. Tanto, però, non può implicare assoluta deresponsabilizzazione: altrimenti opinando si introdurrebbe una deroga *ante factum* in relazione a tutte le ipotesi di omicidio collaterale nei *targeted killing*, alla luce di difficoltà probatorie, meri assunti pre-giuridici e assoggettamento a scelte politiche del tutto esulanti da valutazioni giurisdizionali.

Collochiamoci nel secondo scenario e postuliamo quindi che il soggetto che autorizza l'operazione abbia una ragionevole contezza (nei termini soggettivi di cui si è discusso) della possibile presenza di *target* non autorizzati nello stesso contesto spazio-temporale del *compound* "terroristico" sotto osservazione; e ammettiamo che comunque egli dia, all'operatore subordinato, l'ordine di attaccare la base terroristica suddetta. Che valutazioni dovrà/potrà compiere tale ultimo soggetto? Quale considerazione merita la sua condotta sul piano del diritto penale?

Si può sostenere che gli operatori manuali del drone rispondano alle direttive impartite nel convincimento della loro "legittimità"⁶⁴: e tanto non appare inverosimile, considerato il complesso *iter* di formazione dell'ordine che, dall'osservanza delle regole del PPG, si muove tra informazioni di *intelligence*, valutazioni di contesto approfondite, competenze espresse da dipartimenti ed agenzia costituite da soggetti esperti e professionali. Si può anzi ritenere che, in ogni caso, gli operatori siano del tutto privi di

⁶³ Il rinvio è alla "prima formula di Frank", su cui vedi *amplius supra*.

⁶⁴ Con il termine virgolettato, la giurisprudenza ormai consolidata si riferisce all'ordine, nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico, emanante dall'autorità competente, espresso nella forma prescritta ed il cui contenuto sia manifestazione del *munus* del subordinato "quanto all'essenza, ai mezzi ed al fine": cfr. Cass., Sez. 1, Sent. n. 4194, 27 gennaio 1987; Cass., Sez. 1, Sent. n. 11159, 10 giugno 1982. Un ordine cioè formalmente legittimo, ma del cui contenuto, qui ed ora, non si discute.



5/2018

qualsivoglia competenza a sindacare l'ordine ricevuto, agendo, in metafora, come "bracci meccanici" nelle mani di una mente esterna⁶⁵.

Ne consegue che la condotta degli operatori sottoposti potrebbe essere qualificata come non antiggiuridica⁶⁶: in questo caso, infatti, il comportamento produttivo dell'effetto lesivo a danno delle vittime collaterali sarebbe scriminato dall'adempimento di un dovere, per ordine impartito da un'Autorità sovraordinata, alla stregua del disposto di cui all'art. 51 co. 1 c.p.⁶⁷. E tanto anche nel caso di condotta colposa dell'agente derivante dall'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline, imposta da disposizioni o direttive superiori, atteso che, per una certa giurisprudenza, la scriminante dell'adempimento di un dovere ricorre solo nei casi di colpa specifica e non, viceversa, generica⁶⁸, perché è possibile che la suddetta inosservanza sia derivata indefettibilmente dal dovere di obbedire all'ordine di un superiore.

Si osservi che, l'irrilevanza e, anzi, la mancata considerazione di una qualche possibilità valutativa della legittimità dell'ordine ad opera dei meri operatori, è implicitamente desumibile dallo stesso PPG, ove non si rinviene nessun riferimento al momento critico del "lancio del missile" e anzi, si compie un salto dalla Sezione 5 in tema di "Procedures for Approving Proposals that Vary from the Policy Guidance Otherwise Set Forth in this PPG" (p. 16) alla sezione 6 "Procedures for After Action Reports": quasi che l'attacco in sé sia solo un accidente tra il "prima" e il "dopo", e che costituisca, quindi, un meccanico effetto del "prima".

È evidente che una tale soluzione sconta il rischio non tanto di lasciare indenne da responsabilità il singolo operatore materiale, ove la condotta di questi risultasse scriminata, ma soprattutto, su un piano più generale, di giustificare pratiche produttive di effetti illeciti, riparandosi dietro la fumosa cortina della "presunta legittimità" dell'ordine ricevuto e della insindacabilità dello stesso, condizioni che, com'è noto, la giurisprudenza eleva a presupposto dell'operatività della scriminante in esame.

Con riguardo agli addetti al controllo manuale del drone potrebbero allora prospettarsi tre ulteriori situazioni: (a) il comando da essi ricevuto è eseguito in termini del tutto differenti da come impartito; (b) l'ordine di *targeted killing*, nell'ambito dell'operazione autorizzata, manca del tutto; (c) l'ordine diramato dai superiori è illegittimo.

Nella prima ipotesi, si dovrà rilevare l'antigiuridicità della condotta ed escludere la possibilità della sua giustificazione *ex art. 51 c.p.*: e questo sia ove si attesti una

⁶⁵ La metafora impiegata, in ogni caso, non pare priva di appigli concreti. Con le parole di Cian Westmoreland, un *ex serviceman* impiegato presso una delle unità operative tramite drone create nel corso della campagna statunitense in Afghanistan, "[a]ll you hear is voices telling you what to do": cfr. questo [link](#).

⁶⁶ Ritiene però la giurisprudenza che "in tema di adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo, è sempre necessario, al fine di accertare l'effettiva sussistenza della esclusione della antiggiuridicità del fatto, compiere, in concreto, un giudizio di bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e la finalità cui mira la causa di giustificazione" (Cass., Sez. 4, Sent. n. 12489, 29 settembre 2000).

⁶⁷ Sul punto, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 288 ss. Si tratta di disposizione di carattere generale, applicabile anche alla materia militare, a seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 40 cod. pen. mil., con l. 11 luglio 1978, n. 382, art. 22.

⁶⁸ Ci si riferisce a Cass., Sez. 4, Sent. n. [53150, 28 settembre 2017](#); Cass., Sez. 1, Sent. n. [20123, 20 gennaio 2011](#).

condotta volontariamente in violazione dell'indicazione vincolante ricevuta dai sovraordinati ed intenzionalmente volta a cagionare l'effetto lesivo "collaterale"; sia (per la giurisprudenza già citata⁶⁹) ove venga dimostrata la natura colposa della condotta per negligenza o imprudenza (stati, questi, che mai l'autorità sovraordinata potrebbe imporre o ordinare)⁷⁰.

Anche rispetto al caso *sub b*) il fatto illegittimo della morte delle vittime collaterali è antigiuridico alla stregua dell'intero ordinamento e si assume integrato sia il profilo oggettivo, sia quello soggettivo – per lo più doloso – del fatto illecito cagionato al *target* non designato. In questo caso dovrà escludersi, però, qualsiasi concorso dell'agente materiale col superiore gerarchico, evidentemente potendo sindacarsi la condotta del sottoposto anche sul piano della responsabilità disciplinare interna alla singola agenzia.

Nelle due ipotesi fin qui descritte, pertanto, un ruolo chiave è svolto dall'accertamento dello stato soggettivo dell'"operatore" e anche in questo caso, come si è fatto per il soggetto che autorizza l'attacco, vanno riproposte le medesime considerazioni relative alla sussistenza e alla portata di rappresentazione e volontà.

L'elemento dirimente ai fini della decisione per lo stato del dolo, piuttosto che della colpa, è costituito dalle specifiche emergenze fattuali circa le regole generali in tema di operazioni di *drone strike* e quelle specificamente dettate per la singola azione antiterrorismo, con particolare riguardo alla possibile presa a carico, in chiave soggettiva, delle eventuali conseguenze lesive collaterali a danno di soggetti differenti dai bersagli presi di mira nella singola azione armata.

Così, se, a seguito delle indagini compiute, si accertasse in capo agli agenti materiali la concreta violazione delle misure disposte e dei limiti prescritti per negligenza, imperizia o imprudenza, evidente sarebbe la riconducibilità della fattispecie *de qua* all'alveo della colpa: la stessa potrà altresì presentarsi nella sua forma aggravata *ex art. 61 n. 3 c.p.*, ove l'azione sia stata compiuta nella prevedibilità dell'evento "collaterale", ancorché nella concreta fiducia del suo non verificarsi, nel convincimento, quindi, che la base direttiva abbia soppesato l'eventuale presenza di vittime collaterali e abbia adottato misure idonee per scongiurare il rischio del coinvolgimento di *target* non consentiti nell'attacco⁷¹.

Al contrario, per accedere ad una ricostruzione in termini volontaristici, con possibilità di ricostruire il dolo nella sua forma eventuale o diretta, dovrà dimostrarsi

⁶⁹ Per i riferimenti alla suddetta giurisprudenza si rinvia alla nota precedente.

⁷⁰ Tale ultimo assunto è invece contestato da alcune voci critiche, in polemica alle pronunce giurisprudenziali di cui si è fatto cenno, secondo le quali "ove si ammetta che l'inosservanza di una regola cautelare possa essere determinata dal dovere di conformarsi ad un ordine ricevuto, è logico ritenere che ciò possa avvenire tanto in ipotesi di colpa per violazione di regola cautelare codificata quanto in ipotesi di colpa per negligenza, imprudenza o imperizia (regola cautelare non scritta)": TRINCERA, [La Cassazione sulla strage di Nassiriyah: 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, in *questa Rivista*, 17 giugno 2011.

⁷¹ Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Pres. Iannibelli, Est. Dezani, imp. Espenhahn e altri.

l'emersione di una dimensione volitiva più accentuata, in termini di accettazione della conseguenza ultronea (coinvolgimento e morte di vittime collaterali) prevista rispettivamente, in termini di possibilità o alta probabilità.

L'ipotesi *sub c)* muove invece da un presupposto contrario a quello posto a fondamento della situazione assunta nell'*incipit* del presente paragrafo come probabile. Ad ogni modo, se si ipotizzasse che l'ordine impartito dall'autorità sovraordinata sia sostanzialmente illegittimo e che sia percepito come tale dagli stessi agenti subordinati⁷², si porrebbe il seguente problema: era l'operatore in grado di opporsi ad esso e di sindacarne, cioè, la legittimità?

La risposta al citato quesito sottende la valorizzazione dei commi 3 e 4 dell'art. 51 c.p. In base alla prima disposizione, come è noto, solo un errore di fatto sulla liceità dell'ordine esclude la responsabilità del soggetto attivo che vi abbia ottemperato. Ai sensi del comma 4 citato, invece, è fissato un vincolo alla punibilità di chi, pur consapevole dell'illegittimità dell'ordine, non abbia potuto disattenderlo. In quest'ultimo caso, però, parte della dottrina ritiene che il subordinato gerarchico vincolato all'ordine illegittimo insindacabile sia scusato sul piano della colpevolezza, avendo ricevuto una pressione psicologica coartante la propria libertà decisoria⁷³.

Soltanto per cenni, si osserva che in tutti i casi di ordine illegittimo del sovraordinato e sindacabile dal sottoposto, si potrebbe altresì configurare una responsabilità concorsuale di quest'ultimo col primo rispetto agli omicidi dei *target* non consentiti. Rigettato qualsiasi tentativo di responsabilità da mera posizione del soggetto apicale⁷⁴, sarà necessario compiere un'analisi in concreto.

Analizzando la (il)legittimità dell'operazione nel suo complesso, la natura dell'ordine impartito alla luce del compendio informativo e conoscitivo a fondamento dell'elaborazione del piano di attacco del *compound* "caldo", ed altresì il ruolo ed il tipo di funzioni assunte dal soggetto responsabile dell'autorizzazione e i suoi rapporti (gerarchici) con il sottoposto, si potrà pervenire all'affermazione di una responsabilità *ex artt.* 110-575 c.p.⁷⁵, con la possibilità, se del caso, di riconoscere all'"operatore" materiale

⁷² Tanto accadrebbe evidentemente ove il superiore gerarchico desse l'ordine specifico di attaccare un *target* non consentito. Si può ritenere, in applicazione della giurisprudenza formatasi rispetto al caso di ordine implicante la commissione di un reato, nell'ambito dei rapporti gerarchici delle forze armate e di polizia, che anche da parte dell'operatore del caso *de quo* sussista la possibilità di sindacare l'ordine ricevuto (cfr. Cass., Sez. 5, Sent. n. 38085, 05 luglio 2012; Cass., Sez. 5, Sent. n. 16703, 11 dicembre 2008; ancora prima Cass., Sez. 6, Sent. n. 178, 28 settembre 1984).

⁷³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 428.

⁷⁴ Ai fini della configurazione di una responsabilità di posizione, espressione della responsabilità oggettiva vietata, non è richiesta nemmeno la prova di un collegamento eziologico con l'evento lesivo (si può ricordare, a mo' di esempio, che fattispecie di responsabilità a titolo di concorso morale, per il solo fatto del ruolo assunto, sono state a suo tempo ricostruite dalla giurisprudenza di merito in relazione ai vertici delle Brigate Rosse, per i reati materialmente commessi dagli aderenti: cfr. Ass. Roma, 24 gennaio 1983, imp. Andriani; Ass. Genova, 26 febbraio 1983, imp. Azzolini; Ass. Torino, 26 luglio 1983, imp. Acella; in dottrina, ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan*, cit., pp. 1191 ss.).

⁷⁵ Così, ad esempio, in materia di "mandato in bianco" di omicidio, ossia di ordine di uccidere persone designate in funzione dell'appartenenza ad un certo gruppo (e quindi in modo generico attraverso il richiamo non alla loro individualità ma a caratteristiche selettive estrinseche, legate ai fini perseguiti da chi



5/2018

l'attenuante di cui all'art. 114 co. 3 c.p., ricorrendo la situazione stabilita all'art. 112 co. 1 n. 3) c.p.

Tanto evidenziato in punto di diritto, appare però difficile agli scriventi, in assenza di emergenze significative rispetto al caso di specie e più in generale in ragione della diffusa segretezza che copre le operazioni tramite drone in discorso e le regole interne al CTC della CIA, poter dare al quesito sulla sindacabilità una risposta nettamente positiva o negativa. Ciò che, invero, emerge *ictu oculi* è che, in punto di responsabilità, tutto sembrerebbe giocarsi sul versante della natura dell'ordine; rispetto a quest'ultimo, però, pare difficile rintracciare un parametro di riferimento della sua legittimità o illegittimità, alla luce di quanto si è già detto sulla vocazione degli Stati Uniti, e in generale di chi si avvalga di droni per condurre la *Global War on Terror*, di "*arbitro in terra del bene e del male*".

Ciò che si sa, e che non va taciuto, è l'illegittimità di attacchi fuori da contesti bellici, in violazione delle regole di diritto internazionale, e la necessità che non restino impuniti gli omicidi di "vittime collaterali" perpetrati attraverso *drone strike*.

La partita si gioca, insomma, su un piano che pare ben più ampio di quello del diritto penale. Ciò che si richiede a tale ordinamento è di uscire dalla propria "*confort zone*", per interrogarsi sul contesto di fondo in cui è chiamato ad intervenire; per porsi, cioè, delle domande sui presupposti dell'operare degli istituti applicati in sede giurisprudenziale, specie ove si tratti di stati psicologici dal sottile accertamento, rifuggendo da assunti "dati per buoni", quasi che il sostrato fattuale sia sempre uguale a se stesso e che le regole del diritto penale prescindano dalle emergenze del caso concreto di volta in volta, invece, sempre differenti e mutevoli.

5. Conclusioni.

La vicenda in commento, legata all'uccisione di Giovanni Lo Porto, ha fornito l'occasione per discutere, nella prospettiva del diritto internazionale e, soprattutto, del diritto penale, la prassi degli omicidi mirati tramite drone. Tutto ciò, lo si è detto più volte, senza alcuna pretesa di completezza: stante la scarsità delle informazioni note al pubblico, nonché *a fortiori* la pendenza del procedimento penale in commento, non ci si poteva – né ci si voleva, in realtà – spingere oltre la mera prospettazione di uno scenario di indagine. Si è visto, però, come molteplici circostanze rendano tale scenario

emette il *dictum* da eseguire), la giurisprudenza ha ammesso la configurabilità di un'ipotesi di concorso morale nel reato di omicidio (cfr. Cass., Sez. 1, Sent. n. [48590](#), 17 novembre 2017; si veda anche Cass., Sez. 5, Sent. n. [47739](#), 12 novembre 2003). E che non si possa invece configurare nell'ipotesi di *drone strike* "collaterale" alcun concorso "anomalo" ex art. 116 c.p. emerge alla stregua del superamento dei due limiti negativi posti alla sua operatività: quello per cui l'evento diverso non deve essere stato voluto neppure sotto il profilo del dolo alternativo od eventuale e che l'evento più grave, concretamente realizzato, non sia conseguenza di fattori sopravvenuti, di carattere eccezionale, meramente occasionali e non ricollegabili eziologicamente alla condotta criminosa di base (situazione che qui non pare integrata, assumendo infatti come avvenuta la specifica valutazione *ex ante* di tutti i rischi possibili di un *drone strike* da parte della base direttiva) (cfr. Cass., Sez. 6, Sent. n. 6214, 05 dicembre 2011; Cass., Sez. 3, Sent. n. 44266, 03 aprile 2013).

estremamente probabile nella prassi; non sfugge, allora, l'importanza di avviare, ed alimentare, un dibattito il più possibile aperto e franco, anche tra giuristi.

Perché qui, e perché ora?

L'intuizione che ha ispirato chi scrive prende le mosse da una considerazione emersa, con sorprendente vigore, nella valutazione della responsabilità penale in capo a chi gestisce l'operazione ottemperando a ordini superiori (cfr. *supra* § 4.3), laddove ci si è imbattuti nella difficoltà di considerare l'ordine di abbattere un determinato *target*, in un contesto quale quello in analisi, come illegittimo.

In fin dei conti, parrebbe lecito chiedersi fino a che punto sia esigibile dall'operatore un sindacato sul merito dell'ordine ricevuto, nonché *a fortiori* la disobbedienza al medesimo, se: (i) le *policy* vigenti stabiliscono l'accettabilità di un tasso, benché ridotto, di probabilità di presenza di *target* non consentiti nell'area delle operazioni; (ii) l'ordine giunge da un superiore competente, e nel rispetto delle procedure stabilite; (iii) a un livello ancora superiore, è lo stesso modello della "*Global War on Terror*" a instillare, anche nel *quivis de populo*, l'impressione che sia in corso una guerra, con la conseguente applicazione delle norme che regolano le ostilità (tra cui il già ricordato principio di proporzionalità, che ammette l'attacco, seppur in via indiretta, nei confronti di "civili"). Se così stanno le cose, non sembra frutto di un pietismo mal riposto domandarsi cosa avrebbe potuto fare l'operatore a fronte di un siffatto ordine.

L'impressione che ha chi scrive è che, con la diffusione della prassi di omicidi mirati a mezzo drone, in un contesto dichiaratamente definito di "belligeranza" al fine di consentire, in ultima analisi, l'annientamento fisico di non meglio specificati "terroristi", si possa diffondere, magari inconsapevolmente, una mentalità che porti, se non a giustificare sempre e comunque, a ritenere degna di minor riprovazione l'uccisione di "vittime collaterali"⁷⁶.

Forse, allora, il tema della responsabilità penale di chi gestisce e di chi autorizza l'operazione è una questione che si colloca a valle (cioè, si badi, senza nulla togliere all'opportunità, e anzi alla doverosità, che lo strumento penalistico faccia il suo corso). Un problema ben più grande resta, però, a monte, ed è rappresentato dall'impiego di concetti e di regole proprie della "guerra" in contesti che "guerra" non sono. Tale mistificazione si colloca all'origine della confusione concettuale che si percepisce dagli stralci della richiesta di archiviazione nel caso in esame forniti dalle testate giornalistiche già richiamate, in cui concetti e termini del diritto dei conflitti armati vengono mescolati con concetti e termini propri dei diritti umani (cfr. *supra* § 3 *in principio*).

Ecco perché, ad avviso di chi scrive, se qualche merito va riconosciuto alla retorica della "*Global War on Terror*", è proprio questo (ahinoi): funziona. È una retorica

⁷⁶ Questa circostanza è ben esplicita da MELONI, *State and Individual Responsibility*, cit., p. 47: "...States are being utterly ambiguous, blurring and expanding the limits and boundaries of concepts such as 'war', 'battlefield', 'combatant', 'immediate threat', or 'terrorist'". In particolare, l'Autrice lamenta l'impiego di concetti quali l'esistenza di una zona grigia che si atteggi a "*an unregulated space for killing between war and peace*", avvertendo che "*the danger in insisting on the existence of such a grey zone is clear: once you create a state of exception, you cannot control who will make use of it*".



5/2018

tanto potente e persuasiva da influenzare anche il più attento operatore del diritto⁷⁷. Sembreremmo tutti, per così dire, suggestionabili da questa sorta di “inganno visivo”: anche gli autori del presente contributo, lo si confessa, non ne sono rimasti immuni, essendosi più volte trovati, soprattutto nelle prime bozze, a riferirsi ai *target* non consentiti come “civili” o “non-combattenti”.

Che fare allora?

Nel IV canto dell'*Orlando Furioso*, lo scontro tra Bradamante e il mago Atlante è condotto da quest'ultimo attraverso il ricorso ad un libro di incantesimi (“*il libro che faceva tutta la guerra*”), mediante il quale egli riusciva a far apparire oggetti della fantasia per ingannare, e battere, la rivale. Atlante, insomma, combatte ingannando: di lui, si dice infatti, “*ogn'altra cosa era figmento, / che comparir faceva pel rosso il giallo*”. L'esperta Bradamante, però, resiste ai trucchi di Atlante grazie a un anello magico e, infine, lo vince.

Al pari dei trucchi del mago Atlante, la retorica della “*Global War on Terror*” fa apparire per “guerra” ciò che, in verità, “guerra” non è, confondendo tra di loro le categorie giuridiche. L'anello che dovrebbe permettere, innanzitutto ai giuristi, di resistere a questo tipo di inganni non potrà allora che essere una rinnovata consapevolezza che quello che è in gioco, nei casi quali quello qui esaminato, è il diritto alla vita, primo e centrale – vieppiù nei casi di *drone strike* – tra i diritti umani. È dal diritto alla vita che occorre allora partire per stabilire i confini dell'uso della forza⁷⁸.

⁷⁷ Si prenda ad esempio il contributo di OHLIN, *Targeting and the Concept of Intent*, cit., pp. 80-81, il quale discute criticamente l'impiego del dolo eventuale con riferimento al principio di proporzionalità (categoria propria dello *ius in bello*). All'esordio del proprio articolo, all'atto di delimitare i confini della propria analisi, egli così scrive: “*Imagine that an attacking soldier is about to launch an aerial attack against a building in the territory of his enemy. The enemy combatants are located on the second floor of the building, but there are civilians on the first floor as well. Although the attacking soldier aims at the second floor, he is fully aware of a substantial risk that some civilians might be killed as collateral damage. (...) Other examples include a well-known incident where an American drone allegedly fired upon civilians conducting a funeral in Yemen. Both orthodox Just War Theory and orthodox international humanitarian law (IHL) proclaim such attacks perfectly lawful as long as the primary objective is a legitimate military target and the anticipated civilian deaths are not disproportionate to the value of the military target. Although this legal and moral rule is distasteful (because it involves the gruesome deaths of combatants and civilians), its contours ought to be clear*” (note omesse). Insomma: uno scenario perfettamente sovrapponibile a quello di cui al presente contributo viene pacificamente ritenuto legittimo sulla base del principio di proporzionalità. Dando per scontato ciò che, in realtà, scontato non è (e che, anzi, andrebbe dimostrato per primo): l'esistenza di un conflitto armato che giustifichi l'applicazione del principio di proporzionalità.

⁷⁸ La frase è la traduzione di un tanto breve quanto illuminante contributo di O'CONNELL, *The Law on Lethal Force Begins with the Right to Life*, in *Journal on Use of Force & International Law*, vol. 3, 2016, pp. 205-211 (in cui l'Autrice evidenzia come il diritto internazionale che regola l'uso della forza contenga, ad oggi, una vera e propria “*legal presumption*” in favore del rispetto del diritto alla vita).