



**ANNO III, N. 1, 2013**



## **Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review**

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

Redazione: c/o il Laboratorio Multimediale e di Comparazione Giuridica - via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma - Università degli Studi "Roma Tre".

Rivista iscritta presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011.  
ISSN: 2239-804X

### **Scientific Board**

Domenico Amirante (Seconda Università degli Studi di Napoli); Fabrizio Battistelli (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"); Paolo Benvenuti (Università degli Studi "Roma Tre"); Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre"); Roberto Borrello (Università degli Studi di Siena); Gerardo Cautilli (Direzione Centrale degli Istituti di Istruzione - Ministero dell'Interno); Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia); Rosario Garcia Mahamut (Universitat Jaume I - Castellón); Hermann Groß (Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung); Andrew Hoskins (University of Glasgow); Martin Innes (Cardiff University); Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia); Luis Maria Lopez Guerra (juge de la Cour Européenne des Droits de l'Homme-Strasbourg); Stelio Mangiameli (Direttore dell'ISSIRFA-CNR); Maria Luisa Maniscalco (Università degli Studi "Roma Tre"); Kostas Mavrias (Università degli Studi di Atene); Lina Panella (Università degli Studi di Messina); Otto Pfersmann (Université Paris-Sorbonne); Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellón); Angelo Rinella (LUMSA); Cheryl Saunders (Melbourne Law School); Roberto Sgalla (Scuola Superiore di Polizia-Direttore); Giovanna Spagnuolo (Isfol-Italy); Alessandro Torre (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"); Matthew C. Waxman (Columbia Law School).

### **Editorial staff**

Coordinators of the section: Mario Carta (Note); Valentina Fiorillo, Cristina Gazzetta e Massimo Rubechi (Osservatorio sulla normativa); Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova e Pamela Martino (Osservatorio sulla giurisprudenza); Valerio Sarcone e Francesco Soluri (Osservatorio degli operatori della sicurezza); Massimo Pellingra Contino, Laura Giobbi e Valeria Rosato (Focus); Maria Flavia Casatelli (Recensioni)

Assistant Editors: Francesca Fanti



## INDICE

### Saggi

*Constitución, ilegalización de partidos y defensa del Estado democrático en España*

di Roberto L. Blanco Valdés

*Le forze di pubblica sicurezza in Germania. Tra necessità di coordinamento, effettività di intervento e rispetto dell'organizzazione federale*

di Andrea De Petris

### Note

*La costruzione della sicurezza*

di Maria Luisa Maniscalco

### Osservatori

*Cybercrime e cloud computing. Un recente studio comunitario tra evoluzione normativa e prospettive*

di Luca Di Majo

### Recensioni

*G. Pizzolante, Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione Europea, Bari, Cacucci Editore, 2012*

di Adriano Manna





**SAGGI**





## Constitución, ilegalización de partidos y defensa del Estado democrático en España

Roberto L. Blanco Valdés

Reunido en sesión extraordinaria, celebrada en pleno verano – el 26 de agosto del año 2002 –, el Pleno del Congreso de los Diputados español aprobaba en una sesión histórica, y por inmensa mayoría de sus 350 miembros (295 votos a favor, 29 abstenciones y 10 votos en contra), una proposición no de ley presentada conjuntamente por los portavoces de los dos grandes partidos españoles: el *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE) y el *Partido Popular* (PP). La proposición conjunta de la fuerza política que en aquel momento sostenía al Gobierno nacional (el PP) y del primer partido en número de diputados de la oposición parlamentaria (el PSOE) contenía una resolución por virtud de la cual «el Pleno del Congreso de los Diputados, de conformidad con lo dispuesto en la Ley orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, insta al Gobierno a que se solicite la ilegalización de *Herri Batasuna*, *Eukal Herriarrok* y *Batasuna*, al entender que en su actitud ha vulnerado los principios democráticos al haber incurrido de forma grave y reiterada en algunos de los supuestos contemplados en el artículo 9º de la citada ley».

1

Curiosamente el mismo día en que tenía lugar la aprobación de tal proposición – ese 26 de agosto que, en circunstancias ordinarias, hubiera marcado el final de las vacaciones estivales en España– un juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón,



muy conocido dentro y fuera de España por haber dirigido el intento de procesamiento del ex dictador chileno Augusto Pinochet, daba un paso más en su línea de persecución penal contra el partido *Batasuna*, previamente denominado *Eukal Herriarrok*, y antes aún *Herri Batasuna*. El juez dictaba un auto por el que, amparándose en las previsiones contenidas al efecto en el vigente Código Penal, procedía a suspender provisionalmente, por un período de tres años, todas las actividades de *Batasuna*, al entender que la organización independentista radical vasca forma parte de un espeso y opaco entramado organizativo dirigido directamente por el grupo terrorista ETA militar. De hecho, ese auto del juez Garzón no venía sino a añadirse a otro previamente dictado por mismo magistrado de la Audiencia Nacional, que a principios del mes de julio había ordenado el bloqueo inmediato de todas las cuentas bancarias de *Batasuna*, como una medida cautelar destinada a posibilitar el pago por su parte de los daños causados por las organizaciones juveniles del mundo radical (*Jarrai* y *Haika*) responsables de la lucha callejera o guerrilla urbana (*kale borroka*) dirigida por *Batasuna*, según las investigaciones en curso del propio juez Garzón.

2

Esta llamativa coincidencia entre una iniciativa político-parlamentaria del Congreso de los Diputados español y una iniciativa judicial en el ámbito penal no puede considerarse, sin embargo, en absoluto casual. De hecho, habrán de ser las dificultades de diverso tipo para enfrentarse penalmente de una forma efectiva a *Batasuna*, partido que venía actuando desde su fundación (con otro nombre) como el frente político de la banda terrorista ETA militar, las que llevaron finalmente al parlamento español a aprobar la Ley de Partidos Políticos del año 2002. Y es que la finalidad fundamental que esa norma





perseguía era facilitar la labor judicial en la lucha contra ETA, de modo que los jueces, vistas las dificultades existentes en el ordenamiento jurídico español para llevar a cabo la ilegalización de Batasuna por ilicitud penal, pudiesen abordar al menos la *ilegalización constitucional* de una fuerza política que, por increíble que hoy pueda parecer, había venido beneficiándose durante muchos años de las *ventajas* concedidas a los partidos en España (financiación pública, presencia en los medios de comunicación públicos, etc.) pese a haber nacido con la finalidad declarada de dar cobertura institucional a las múltiples acciones criminales de una banda criminal (asesinatos, secuestros, atracos, extorsiones de todo tipo, persecuciones y amenazas) y pese a haber años actuando en gran medida como una base fundamental de reclutamiento de futuros terroristas. Así las cosas, esa ilegalización *constitucional* se produciría –en el caso de que la misma llegase a decidirse, como efectivamente terminó por ocurrir– no por ser declarada por el Tribunal Constitucional (pues la competencia a tal efecto va a corresponder, según la nueva ley de partidos, al Tribunal Supremo español) sino por basarse en la violación de principios democráticos, principios esos que los partidos españoles están obligados a respetar en el ejercicio de su actividad, según mandato expreso del artículo 6º de la Constitución española de 1978: «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos».



Como era de esperar, a la vista de la cuestión político-constitucional de fondo implicada en el conflicto –la posibilidad de ilegalizar partidos políticos a través de una vía no penal en una sociedad democrática donde, como sucede en la española, no se reconoce el principio alemán de la democracia militante<sup>1</sup>–, la aprobación del proyecto de nueva Ley de partidos por las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado) generó en España un debate jurídico, político y social de una extraordinaria riqueza e intensidad. Se publicaron cientos de artículos de prensa, se celebraron docenas de debates en los medios de comunicación social (prensa, radio y televisión) y fue difícil encontrar un solo día en que esas mismas radios, televisiones o periódicos no informasen de la marcha del proyecto o no emitiesen opiniones en un sentido u otro sobre sus concretos contenidos materiales y sobre los principios en que se sostenía la filosofía jurídica y política que le servía de soporte. Y todo, claro está, por el *asunto Batasuna*, el único capaz, en realidad, no sólo de provocar tal *mare magnum*, sino también la ruptura de una pesada inercia mantenida durante un período que se acercaba ya al cuarto de siglo: esa era el tiempo, de hecho, que llevaba vigente e intocada la Ley de Partidos de 4 de diciembre de 1978 –la única entonces aprobada en España hasta la fecha– en el momento de presentarse el nuevo proyecto de Ley reguladora sobre las organizaciones partidistas. En realidad y desde 1977, año en el que, tras el final de la larga dictadura franquista, echó a andar la democracia española, en nuestro país se habían mantenido debates políticos y jurídicos – que en algunos casos se habían traducido en decisiones legislativas – sobre el problema de la democracia

<sup>1</sup> Me he referido a la cuestión en mi libro *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 157 y ss.



interna en las organizaciones partidistas (es decir, sobre la ausencia de la misma), las primarias para la designación de candidatos, la financiación, la posibilidad de establecer mecanismos limitadores de la permanencia en cargos públicos, o, en fin, la reserva de cuotas por sexo en las listas para los distintos tipos de elecciones<sup>2</sup>, pero en ningún momento había llegado a plantearse seriamente la posibilidad de modificar una Ley de Partidos tan de mínimos que había demostrado sobradamente ser incapaz de responder a la acuciante cuestión de la eventualidad de ilegalizar partidos no democráticos por una vía no penal.

Aunque es cierto que tampoco en las restantes democracias europeas formaba ese asunto parte de la agenda pública estatal, lo es también, con toda claridad, que en ningún país de esa Europa democrática existía una banda terrorista que hubiera asesinado a cientos de personas y herido a varios miles y que, tras más de veinticinco años de presión fascista, hubiera conseguido someter a dos territorios – el País Vasco y, en menor aunque significativa medida, Navarra –, a un auténtico estado de excepción. Un estado de excepción, que, más allá de sus efectos distorsionadores de todo tipo en la marcha de la democracia española, limitaba en las dos citadas regiones, hasta anularlas, las libertades básicas de las docenas de miles de ciudadanos que se habían negado a someterse al chantaje criminal, de ETA y al que, por delegación suya y amparándose en la violencia etarra, llevaba a cabo Batasuna: un partido político con representación parlamentaria que, desde su

<sup>2</sup> Cfr. mi libro *Las conexiones políticas. Partidos, Estado y sociedad*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 189 y ss. También, con posterioridad, Roberto L. Blanco Valdés, "La démocratie de partis", en Pierre Bon (dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 75-1110.



fundación, actuaba, de hecho, como el frente político y la principal base nutricia de recambio de activistas de un grupo terrorista. La pretensión del legislador de responder con instrumentos democráticos a tan escandalosa situación, y la de hacerlo dando preferencia a esa cuestión sobre cualquiera de los otros problemas que afectaban en ese momento a los partidos españoles, resulta, por tanto, fácil de explicar.

En todo caso, la Ley de partidos de 2002 regulará, además del régimen jurídico aplicable a la ilegalización, otros aspectos relativos a su régimen jurídico. El primero el relativo a *la creación de los partidos*: determinará la ley a este respecto que los españoles podrán crearlos libremente conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la propia ley orgánica y que la afiliación a los partidos será libre y voluntaria, de modo que nadie podrá ser obligado a constituirlos o a integrarse o permanecer en uno ya constituido. La Ley fija, desde luego, quienes pueden ser promotores de un partido (personas físicas, mayores de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos, no estén sujetos a ninguna condición legal para el ejercicio de los mismos o no hayan sido penalmente condenados por determinados delitos – delimitados en la propia Ley –, salvo, en este último caso, que hubieran sido judicialmente rehabilitados), y establece un sistema de inscripción registral, en un registro existente en el Ministerio del Interior a tal efecto, que determinará la adquisición por los partidos de su personalidad jurídica: los promotores de los partidos deberán presentar en el citado registro el acta fundacional de la nueva organización, suscrita por ellos, y acompañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos. Una segunda esfera, la referida a la *organización, funcionamiento y actividad de los partidos*, partirá del



principio de que estos se ajustarán en todos esos ámbitos a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes. En cuanto a la *estructura y funcionamiento* las novedades de la Ley de partidos no iban a ser muy relevantes: una y otro deberán ser democráticos, tal como lo exige la Constitución; los partidos deberían tener una asamblea general del conjunto de sus miembros a la que correspondería, como órgano superior de gobierno del partido, la adopción de sus acuerdos más trascendentales; los órganos directivos de la organización habrían de proveerse mediante sufragio libre y secreto; los estatutos del partido fijarían las reglas de su organización interna (plazos para la convocatoria de reuniones, mayorías para la adopción de acuerdos) y proveerían procedimientos de control democrático de los dirigentes elegidos. Además de todo ello, la Ley de partidos establecerá una tabla mínima de derechos y obligaciones de los afiliados, que los estatutos deberán recoger en todo caso: entre los primeros, los de participar en las actividades del partido y en sus órganos de gobierno y representación, ejercer el derecho de voto, ser elector y elegible para los cargos del partido, ser informado acerca de la composición de los órganos directivos y sobre las decisiones adoptadas por aquellos, sobre sus actividades y sobre la situación económica de la organización, o impugnar los acuerdos de los órganos de dirección; entre los segundos, los de compartir las finalidades del partido y colaborar para su consecución, respetar lo dispuesto en los estatutos y en las leyes, acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos o abonar las cuotas con arreglo a lo estatutariamente fijado. Pero, como ya se ha apuntado –y esto va a ser sin duda lo fundamental–, las novedades de la Ley de partidos aprobada en el año 2002 respecto a la que había estado vigente desde 1978 hasta la



entrada en vigor de la nueva norma serán trascendentales sobre todo en relación con *la actividad partidista*, pues, la nueva norma va a fijar con detalle un procedimiento para la ilegalización, y posterior disolución, de los partidos, materia ésta que acabará por constituir el núcleo esencial de la nueva regulación jurídica de los partidos en España<sup>3</sup>.

Para captar la imperiosa necesidad de tales previsiones debe tenerse en cuenta la incapacidad de la legislación que hasta entonces había estado vigente en España para impedir participar en pie de igualdad en la vida democrática a una organización política que, con diferentes nombres, venía actuando como el brazo legal de una banda terrorista. ¿Cómo regulaba, así las cosas, el ordenamiento jurídico español las causas de disolución (de ilegalización) de los partidos? Proclamando en primer lugar varios principios constitucionales, algunos ya previamente mencionados: los del artículo 6º (que disponía que el ejercicio de su actividad sería libre dentro del respeto a la Constitución y a las leyes, y que su estructura interna y funcionamiento deberían ser democráticos) y los del artículo 22 (que además de declarar ilegales las asociaciones que persiguiesen fines o utilizasen medios tipificados como delitos, y prohibir las secretas y las de carácter paramilitar, determinaba que las asociaciones sólo podrían ser

<sup>3</sup> Me referí en su día a la cuestión en el primer artículo científico publicado en España tras la aprobación de la ley de 2002 ("La nueva ley de partidos: a propósito de la ilegalización de Batasuna", en *Claves de Razón Práctica*, nº 124, 2002, pp. 23-31) y, con más detalle, poco después, en mi trabajo "La nueva ley de partidos y la defensa del Estado", en Luis López Guerra y Eduardo Espín Templado (eds.), *La defensa del Estado*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 29-69.



disueltas y suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada). A esos principios constitucionales se añadían, además, las previsiones de la propia Ley de Partidos de 1978 que venía a darles desarrollo. Según ella, la disolución (o suspensión) judicial de los partidos políticos sólo podría acordarse por decisión de la autoridad judicial competente en dos casos: cuando aquellos incurriesen en supuestos tipificados como de asociación ilícita en el Código Penal (art. 5.2.a.); o cuando su organización o actividades fueran contrarias a los principios democráticos (art. 5.2.b.). La interpretación coherente de todas estas previsiones, a las que, como es obvio, había que añadir las en cada caso contenidas en el Código Penal, puso desde muy pronto de relieve la existencia de problemas de naturaleza diferente. El más relevante de entre ellos iba a ser, precisamente, el que ahora nos importa destacar: ¿Tenía base constitucional ese precepto que permitía la disolución judicial de los partidos cuando sus actividades fueran contrarias a los principios democráticos? O lo que vendría a ser lo mismo: ¿Era posible establecer, a partir de la exigencia contenida en el artículo 6º de la Constitución, un sistema por virtud del cual pudieran los jueces disolver a los partidos que no respetasen en sus actividades (u organización) los principios democráticos?.

La cuestión, claro está, no resultaba en absoluto irrelevante. Y ello por dos razones diferentes. En primer lugar, porque al aprobar la Ley de Partidos de 1978, el legislador creaba *ex novo* una exigencia híbrida, no contenida en la Constitución, por virtud de la cual se exigía que los partidos desarrollasen una actividad democrática, lo que era el resultado de combinar las exigencias constitucionales de, por un lado, una *actividad* respetuosa con la Constitución y con la ley y, por otro lado, de



una *estructura interna* y un funcionamiento democráticos. Aunque la constitucionalidad de esa interpretación fue discutida en su momento por algunos autores<sup>4</sup>, no parece que tal exigencia debiera plantear problemas de mayor envergadura, pues ¿qué es, al fin, una actividad democrática sino una actividad respetuosa con la Constitución y con la ley? En todo caso, la posibilidad de disolver organizaciones partidistas cuando sus actividades fueran contrarias a los principios democráticos, suscitaba, además, otro problema de mayor envergadura: el de cuáles deberían ser, en ese caso, los efectos de la disolución de un partido no declarado penalmente ilícito, es decir, de una disolución *civil* (o *constitucional*) y no *penal*. ¿Por qué? Pues porque el artículo 5.2.b. de la Ley de Partidos de 1978 ponía de relieve que el legislador había decidido establecer un régimen jurídico diferente para asociaciones y partidos, por virtud del cual mientras las primeras sólo podían ser disueltas tras ser declaradas penalmente ilícitas, los segundos podían serlo también tras ser declarados ilegales desde el punto de vista constitucional, por realizar actividades contrarias a los principios democráticos. Siendo, precisamente, esa peculiaridad del régimen aplicable a la disolución de los partidos la que habría de marcar las consecuencias de su disolución civil (o constitucional) y no penal: y es que el artículo 5.2.b. fue siempre interpretado en el sentido de que la falta del respeto del partido en sus actividades (u organización) a los principios democráticos podría conducir sólo a su disolución (o suspensión) *como partido*, es decir, como asociación que goza de las ventajas previstas para ellos en el ordenamiento jurídico español.

<sup>4</sup> Dejo constancia de ello en mi libro *Los partidos políticos*, cit., pp. 162 y ss.





Así las cosas, lo más sorprendente de lo acontecido desde 1978, año de la aprobación de la primera ley de partidos española, hasta la adopción en 2002 de la nueva ley en la materia es que el artículo 5.2.b. de la primigenia Ley de Partidos no hubiese encontrado aplicación en relación con una organización, Herri Batasuna, que, desde su creación, realizaba sus actividades con un desprecio patente de los principios democráticos. Tal hecho resultaba de una certeza indiscutible: y ello hasta tal punto, que según la minuciosa documentación aportada, por ejemplo, por José M. Mata López en su obra sobre *El nacionalismo vasco radical*, el 48% del total de las acciones políticas de Herri Batasuna en el período 1978-1988 tuvieron como objeto un apoyo explícito a ETA <sup>5</sup>. Ello no sirvió, sin embargo, para que el poder judicial intentase disolverlo como partido por su manifiesta ilegalidad constitucional. De hecho, ninguno de los dos procesos judiciales en que fue parte Herri Batasuna desde el inicio del proceso democrático fue consecuencia de la puesta en marcha de la disolución prevista en el artículo 5.2.b de la Ley de Partidos. El primero de los dos procesos referidos se originó en la negativa de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior español a inscribir a Herri Batasuna como partido a comienzos de 1984, negativa que fue anulada por el poder judicial –la Audiencia Nacional–, que vería confirmada su sentencia por otra de 23 de mayo de 1984 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Respondía en ella el Supremo con acierto a una de las alegaciones que los responsables del Registro realizaban contra

<sup>5</sup> Tomo la referencia de Patxo Unzueta, “¿Batasuna es ETA?”, diario *El País*, 9 mayo de 2002. Los datos pormenorizados al respecto pueden verse en José M. Mata López, *El nacionalismo vasco radical. Discurso, organización, y expresiones*, Universidad del País Vasco, 1993, p. 82 y cuadro 7.



los Estatutos de Herri Batasuna, en justificación de su negativa a la inscripción (la de que en aquellos no constaba un acatamiento expreso a la Constitución), poniendo de relieve dos extremos: que ni en la Constitución, ni en la Ley de Partidos de 1978, aparecía «la exigencia de una textual y explícita declaración de acatamiento a la Constitución»; y que el respeto a la misma y a la ley debía de inferirse «de la utilización de los recursos que una y otra otorgan a los ciudadanos». En una palabra: que el respeto a la Constitución no dependía de su acatamiento ideológico, sino de la no realización de acciones que contrariasen sus principios. Transcurridos menos de dos años, Herri Batasuna volvió a ser parte en otro proceso cuando el Ministerio Fiscal formuló, a instancias del Gobierno, una demanda pidiendo su ilegalización por apreciar en sus Estatutos indicios racionales de ilicitud penal. Tras diversas incidencias, el asunto terminó nuevamente ante el Supremo, cuya Sala Primera confirmó en una Sentencia de 31 de mayo de 1986 otra previa de la Audiencia Territorial de Madrid. Los fundamentos de derecho de esta nueva Sentencia del Supremo volverán a ser muy interesantes, porque, tras quitar la razón a las alegaciones del fiscal en relación con la ilicitud penal de los Estatutos de Herri Batasuna, el Tribunal no dejaba de reconocer de forma contundente que era en el ámbito de las actividades de esa organización radical vasca donde debería, en todo caso, comprobarse su respeto al ordenamiento jurídico vigente: precisaba, así, la Sala que la declaración de que los estatutos de HB no incurrían en ilicitud penal se efectuaba «sin perjuicio [...] de que si luego de inscrita no desarrolla sus actividades dentro de los límites lícitos estatutarios, sino que actuara fuera de ellos [...] dirigiéndose a la realización de fines que fueran contrarios a la Constitución o a la Ley [...] es evidente que podría incurrir en la causa de disolución de la



entidad política que en abstracto determina el artículo 22.4 de la Constitución y que en concreto delimita el artículo 5.2 de la Ley 54/78 en sus apartados a y b». Más claro, agua.

¿Por qué pudieron transcurrir, pues, 16 años desde entonces hasta la aprobación de la Ley de partidos de 2002 sin que se aplicasen esas previsiones? La respuesta está en la mente de cualquier ciudadano español con mediana información: por una razón esencialmente política. Es decir, porque durante todo ese largo período –plagado de asesinatos de ETA, que llegó a matar a docenas de personas en los años más terribles de su acción criminal – se consideró que proceder de tal manera resultaba *inconveniente*, a partir de toda una serie de consideraciones de oportunidad política que, transcurridos los años, acabarán por revelársenos mucho menos oportunas (de hecho, totalmente inoportunas) de lo que quisimos creer durante mucho tiempo: dicho en dos palabras, se pensaba entonces que el mantenimiento de Herri Batasuna dentro de la ley podría, llegado el momento, favorecer el abandono de las armas por parte de ETA y facilitar su incorporación a la lucha partidista pacífica, legal y democrática. Pero una vez que la mayoría de los españoles –líderes políticos y ciudadanos– se hubieron convencido de lo contrario, quedaba sin embargo un problema de entidad por resolver: el de la absoluta imprecisión de un precepto legal –ese artículo 5.2.b. de la Ley de Partidos 1978 – que dejaba un margen tal de libertad de apreciación al poder judicial para proceder, eventualmente, a disolver a los partidos cuyas actividades fueran contrarias a los principios democráticos, que lejos de funcionar como un acicate para su puesta en práctica efectiva, acabó por actuar, por el contrario, como un auténtico instrumento de parálisis de jueces y fiscales. Solventar ese problema fue, precisamente, el objetivo prioritario



de la Ley de Partidos de 2002, norma que demostraría a la postre ser un instrumento extraordinariamente eficaz para luchar contra ETA y todo su mundo criminal.

De hecho, la verdadera trascendencia de esa Ley se derivará de la sencilla circunstancia de que con ella se procedió a dotar de precisos contenidos el principio establecido en el artículo 5.2.b. de la Ley de Partidos de 1978 y se prescribió un concreto procedimiento a tal efecto. Su novedad no radicará, por tanto, en la apertura de una posibilidad legal que ya existía de antemano (y que, según se ha visto, no suscitó dudas de constitucionalidad, con ocasión de un pronunciamiento en la materia, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo) sino en la voluntad de las Cortes de que ese principio pudiera ser realmente operativo a la hora de dar lugar a la disolución de algunos partidos –señaladamente de Herri Batasuna, más tarde Batasuna– en el caso de que aquellos siguieran manteniendo, tras la entrada en vigor del nuevo texto, una acción política vulneradora de los más elementales principios democráticos. Veamos, pues, ya, sin más dilaciones, los contenidos esenciales de la Ley de partidos de 2002 en materia de ilegalización y disolución de organizaciones partidistas.

a) *¿Quién tiene la facultad de ilegalizar y disolver?* La Ley determina que la acción por la que se pretenda la declaración de ilegalidad de un partido, y la disolución del mismo que en buena lógica la subsigue, se iniciará mediante demanda presentada ante la Sala Especial del Tribunal Supremo, sala ésta formada por su Presidente, los Presidentes de sus diferentes Salas y el magistrado más antiguo y más moderno de cada una de las mismas. Justificada esta opción procesal en la naturaleza de la Sala (considerada por la exposición de motivos de la Ley como una especie de pleno *reducido* del Supremo) y en la



relevancia constitucional de los partidos y de las decisiones que afectan a su declaración de ilegalidad o justifican su disolución, esta previsión suscitó una importante controversia en el momento del debate del proyecto. Tal controversia se refería a si la competencia mencionada debería corresponder al Tribunal Supremo – el órgano superior del poder judicial en España – o atribuirse, por el contrario, al Tribunal Constitucional, institución creada por la Constitución de 1978 con las finalidades primordiales de controlar la constitucionalidad de las leyes y garantizar la defensa de los derechos y libertades proclamados en la nuestra ley fundamental. Esta última propuesta encontró escaso eco entre los líderes políticos que personalizaron el debate social y, después, parlamentario de la ley, pero fue defendida por algunos muy relevantes juristas españoles<sup>6</sup>. No es seguro, en todo caso, que tal solución fuera, políticamente, la más operativa, y jurídicamente, la menos problemática. Comenzado por lo último, el artículo 22 de la Constitución deja absolutamente claro que sólo podrá procederse a disolver asociaciones en virtud de resolución judicial motivada. Y aunque es posible, claro, interpretar ese precepto en el sentido de que sólo se refiere a la disolución penal de aquellas, no deben olvidarse dos extremos, que, en contra de tal interpretación, ha manifestado el propio Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones: por un lado, que las

<sup>6</sup> Así, por Francisco Rubio Llorente, por ejemplo, ex-vicepresidente del Constitucional, quien sostuvo que excluidas las razones penales, la ilegalización de los partidos sólo podría acometerse a partir de motivos dimanantes directamente de la Constitución: según él, en materia de ilegalización y disolución de partidos no sería posible «un juicio de legalidad que no [fuera] precisamente un juicio de constitucionalidad». Véanse sus artículos «Los límites de las democracias» y «La ley y la demanda», ambos en *El País*, 26 de abril y 17 de mayo de 2002, respectivamente.



previsiones del artículo 22 en relación con las asociaciones son también de aplicación a los partidos (STC 85/1986, de 25 de junio); y por el otro, que es «al poder judicial y sólo a éste [a quien] encomienda la Constitución y también la legislación ordinaria la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político» (STC 3/1981, de 2 de febrero), constatación que realiza el Constitucional sin distinguir la vía (civil o penal) por la que en su caso tal ilegalización pudiera acometerse. En fin, y a mayor abundamiento, el debate de la Constitución puso claramente de relieve el rechazo de los constituyentes a aceptar que se atribuyese al Constitucional el control de los partidos.

Una atribución que, como antes apuntaba, no sólo sería jurídicamente problemática, sino, también, políticamente complicada, a la vista del marcado perfil partidista que ante la opinión pública española ha acabado por tener el Tribunal Constitucional, debido sobre todo a la política viciada de *lottizzazione* puesta en práctica durante años por los partidos que controlan el Congreso y el Senado cada vez que estas dos instituciones han debido proceder a renovar el cupo de magistrados (ocho, cuatro cada una de las cámaras) que tienen constitucionalmente atribuido. ¿O es que no podría ser una fuente de conflictos el hecho de que la decisión sobre la ilegalización de los partidos quedara atribuida a un Tribunal, el Constitucional, cuyos magistrados son percibidos por una gran parte de los ciudadanos como jueces designados, en el fondo, por los mismos partidos que podrían instar aquella ilegalización? La muy negativa evolución de la percepción social del comportamiento institucional del Tribunal Constitucional español en los años posteriores a la aprobación de la Ley de partidos no ha hecho otra cosa, a mi juicio, que confirmar plenamente el acierto del legislador al optar por la



vía del Tribunal Supremo como órgano competente para declarar la ilegalización<sup>7</sup>.

b) *¿Cómo puede instarse la ilegalización?* Pese a no ser la más fundamental, esta cuestión acabó por conformarse, sin ningún género de dudas, como la que mayor debate generó en su día en los medios de comunicación social en relación con el texto concreto del proyecto, lo que se debió al empecinamiento del Gobierno en sostener sus posiciones iniciales. Según el borrador del proyecto de Ley de partidos estarían legitimados para instar la declaración de ilegalidad, el Gobierno, 50 diputados, 50 senadores y el Ministerio Fiscal. Frente a estas previsiones, el Partido Socialista Obrero Español –entonces en la oposición– mantuvo desde el principio que la legitimidad para instar el procedimiento de ilegalización debería corresponder exclusivamente al Ministerio Fiscal, lo que constituía probablemente la posición más razonable desde la doble perspectiva política y jurídica. Incluir al Gobierno entre los órganos legitimados no añadía jurídicamente nada sustancial, pues aquel siempre podría, tal como prevé el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, interesar del Fiscal General del Estado que promoviese ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. Salvo, claro, que lo que se pretendiese legitimando al Gobierno para instar la acción de ilegalización fuera, justamente, dejar expedita la vía para que, eventualmente, pudiese ser el Gobierno mismo y nadie más el que asumiese todo el *protagonismo político* en la materia. Por lo

<sup>7</sup> Me he referido a esa importantísima cuestión, recientemente, en mi trabajo «El futuro de la justicia constitucional en España», en *Claves de Razón Práctica*, nº 212 (2011), pp. 12-24.



que se refiere a la legitimación de un grupo de 50 miembros del Congreso o el Senado, no parece que el camino más oportuno para eliminar la posibilidad de que la acción de ilegalización fuera denunciada como una acción sectaria y partidista consistiera en dejarla, precisamente, en manos de los dos grandes partidos presentes en la Cámara, los únicos que, de no producirse un cambio radical en el sistema de partidos español hasta entonces existente, podrían reunir por si solos esa cifra de parlamentarios, partidos que eran, además, los principales promotores del proyecto.

La insistencia de los negociadores del PSOE en que su partido no votaría a favor del borrador que el Gobierno pretendía imponer a los restantes grupos de la Cámara, so aquel no era modificado en algunos de sus aspectos sustanciales, se tradujo finalmente en la apertura de una negociación entre el PSOE y el PP –el partido del Gobierno– que iba a dar lugar a la aprobación de varias enmiendas que, en acertadas palabras del periodista del diario *El País* Javier Pradera, afectaban a los auténticos *muros de carga* del proyecto<sup>8</sup>. Una de ellas establecía nuevas previsiones en materia de

<sup>8</sup> El artículo de Javier Pradera, «Andar y mascar chicle», en diario *El País*, 22 de mayo de 2002. El texto de las enmiendas pactadas entre el PSOE y el PP en *elpais.es*, 14 de mayo de 2002. Por mi parte, me he referido con detalle a la cuestión de la ilegalización de los partidos en España en «La nueva ley de partidos. A propósito de la ilegalización de Batasuna», en *Claves de Razón Práctica*, n.º cit. (traducido al italiano y publicado en *Quaderni Costituzionali*: «A proposito della *illegalizzazione* di Batasuna», número 4/2002) y, con más extensión, situando la problemática en el contexto de las medidas de defensa del Estado democrático en «La nueva ley de partidos y la defensa del Estado», en Luis López Guerra y Eduardo Espín Templado (coordinadores), *La defensa del Estado*, cit.





legitimación para instar la ilegalización, previsiones que fueron las que pasaron finalmente al texto de la Ley. La acción de legalización seguiría correspondiendo al Gobierno, al Fiscal y a los parlamentarios, pero con un cambio sustancial en este último caso: que la iniciativa no se atribuiría ya a 50 diputados o 50 senadores, sino institucionalmente al Congreso y al Senado, que podrían instar al Gobierno para que solicitase la ilegalización, quedando aquel obligado, en ese caso, a formalizar la correspondiente solicitud previa deliberación del Consejo de Ministros.

c) *¿Por qué causas podrá instarse la ilegalización?* Si los diversos aspectos que se han analizado hasta ahora conforman los auténticos *muros de carga* de la Ley, esta materia (la de las causas que según ella pueden determinar la declaración judicial de ilegalidad y la disolución subsiguiente de un partido) constituye la viga maestra llamada a sostener todo el edificio de la norma y, aún más allá, toda la política de poner fuera de la ley al frente político de la banda terrorista ETA militar. Y todo ello por una sencillísima razón: porque las diversas previsiones procedimentales hasta ahora analizadas estaban, en realidad, puestas al servicio del objetivo que vertebraba y daba sentido al nuevo texto: el de facilitar al poder judicial un instrumento jurídico eficaz que aquel pudiera utilizar, llegado el caso, para ilegalizar y disolver, como partidos, a aquellas fuerzas políticas que en su actividad vulnerasen los principios democráticos y los derechos humanos. Un objetivo éste al que, digámoslo con toda claridad, servía muy mal el borrador de anteproyecto del Gobierno. Tan mal, que de no haber sido modificado tras el acuerdo entre el PSOE y el PP, y tras la aceptación de muchas de las enmiendas presentadas en el trámite de la discusión



parlamentaria, además de por esos dos partidos, por los Convergencia i Unió (la principal fuerza del nacionalismo catalán) y por el partido regionalista Coalición Canaria, el proyecto hubiera irremisiblemente naufragado, tanto políticamente (pues hubiera obtenido, muy probablemente, el único apoyo del Partido Popular, que sostenía parlamentariamente al Gobierno), como jurídicamente, al haber quedado abierta en su interior una profunda vía de agua: la de su más que probable declaración parcial de inconstitucionalidad.

Comenzado por esta última cuestión, el artículo 9º del borrador, regulador de las causas de ilegalización de los partidos, se presentaba, por expresarlo sin ambages, como un texto confuso y deficientemente elaborado en el que sus autores habían mezclado tipos penales y causas derivadas de actividades (vulneradoras, o no, de los principios democráticos) no constitutivas de delito, al tiempo que, por otra parte, procedían también a amalgamar actividades y programas, es decir, hechos y conductas con ideas. Y todo ello junto al constante abuso de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas jurídicas abiertas que afectaban de forma extremadamente peligrosa a la seguridad jurídica en materia de ilegalización y disolución de los partidos. Así, sin pretensión de exhaustividad, y sólo a título indicativo, el borrador establecía, por ejemplo, que un partido podría ser declarado ilegal cuando «su actividad» no se ajustase «a los valores constitucionales» (art. 9º.2); o cuando fomentase «la confrontación social como método para la consecución de objetivos políticos» o persiguiese o procurase la creación «de un clima social degradado de enfrentamiento y exclusión», realizando todo ello



tanto «mediante el empleo de métodos incompatibles con el normal funcionamiento de las instituciones y los procedimientos democráticos, como cuando se utilicen éstos para contribuir activamente a la deslegitimación de los mismos, a la impugnación generalizada de la legalidad o a la eliminación de la capacidad del sistema democrático para resolver los problemas políticos por los cauces establecidos en la Constitución» (art. 9º.3.a y b.). Por si todo esto no fuera suficiente, el propio artículo incluía, junto a estas conductas o pretensiones dudosamente vulneradoras de los principios democráticos, otros tipos de carácter criminal ya previstos de uno u otro modo en el Código Penal (por ejemplo, «complementar la acción de organizaciones terroristas para la consecución de los fines perseguidos por estas» [art. 9º.3.c] o «dar apoyo expreso o tácito al terrorismo» [art. 9º.3.c.1.]) y cláusulas abiertas, vulneradoras de la más elemental seguridad jurídica, tan increíbles como la que permitía la ilegalización de los partidos por «[...] contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generados por la misma sobre las personas, mediante la repetición o acumulación de conductas *¡como las siguientes!* [...]» (art. 9º.3.c.)».

21

Afortunadamente para el texto de la Ley, y para la justa pretensión política que con la misma se perseguía, el artículo 9º fue redactado de nuevo íntegramente, quedando depurado de los vicios jurídicos que habrían podido convertirlo en inconstitucional y de los problemas políticos que hubieran impedido muy probablemente que algún partido más que el proponente votase finalmente en su favor. Tras tal depuración, el artículo se limitará a establecer las conductas no penales (y nunca las ideas, pretensiones o programas) por las que un partido podrá ser declarado ilegal y subsiguientemente



disuelto, al atentar en su actividad contra los principios democráticos y los derechos humanos, siempre que tal actividad se plasmase en la realización de alguna de las acciones que de forma tasada, explícita y precisa se fijan en la Ley.

La mejor prueba de ello es que la definición de *todas y cada una* de esas acciones (las que se enumeran en los apartados a], b], y c] del artículo 9º.2 y en los apartados a] a i] del 9º.3) se relacionarán *siempre* con la violencia o el terrorismo: así, entre otras, y de nuevo sólo a título de ejemplo, la justificación o exculpación de los atentados contra la vida o la integridad de las personas; la legitimación de la violencia; el apoyo político a la acción de organizaciones terroristas; el fomento de la cultura de la confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas; o la utilización de símbolos o mensajes que se identifiquen con el terrorismo o la violencia. Podrán, en consecuencia, ser disueltos los partidos en cualquiera de esos casos, es decir, cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático mediante las conductas referidas en el artículo 9º de la Ley (art. 10.2.c). El propio artículo 10.2.c. establecerá, además, otras dos causas de disolución judicial: cuando los partidos incurran en supuestos tipificados como de asociación ilícita en el Código Penal; y cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7º y 8º de la Ley, relativos a la organización y funcionamiento de los partidos, y a los derechos y deberes de los afiliados. La norma dispondrá, en fin, en relación con los efectos de la disolución judicial que, tras la notificación de la sentencia en que la misma se acordase,



procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto; y que la disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevada a cabo por tres liquidadores nombrados por la sala sentenciadora, destinándose por el Tesoro el patrimonio neto resultante a actividades de interés social o humanitario (art. 12).

A la vista de todo lo apuntado cabe estar, obviamente, a favor o en contra de la Ley, pero no puede afirmarse, porque constituiría una absoluta falsedad, que con la misma se persigan – y sancionen – ideas o programas. No lo hace la Ley de Partidos del año 2002, ni podría haberlo hecho ninguna que aspirase a encajar jurídicamente en nuestro ordenamiento, en el que, según acuerdo unánime de los constitucionalistas españoles, no existe base para sostener la pretensión de establecer un sistema de *democracia militante* similar al de Alemania, cuya constitución, como en su momento se apuntó, sí declara expresamente anticonstitucionales a los partidos que «por sus objetivos», además de por «el comportamiento de sus afiliados» se propusieran «menoscabar o eliminar el orden constitucional liberal y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania»<sup>9</sup>. Por el contrario, el carácter enteramente revisable de la Constitución de 1978 haría lícito constitucionalmente en nuestro ordenamiento aspirar a cualquier objetivo político no delictivo (la independencia de una de las Comunidades Autónomas

<sup>9</sup> Para la doctrina española, puede verse en este caso, por todos, la obra de Ignacio de Otto, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, CESCO, 1985. Sobre la situación alemana el trabajo de Diego Iñiguez y Sabine Friedel, «La prohibición de partidos políticos en Alemania», aparecido en el número 122 (mayo de 2002) de la revista *Claves de Razón Práctica*.



españolas, la república, la eliminación del Estado autonómico y la vuelta al centralismo, etc.), siempre que para la consecución del mismo no se vulnere la Constitución o la ley y no se realicen actividades contrarias a principios democráticos y a los derechos humanos en los precisos términos previstos en las leyes. Debe recordarse que, abundando en esta idea, el propio Tribunal Constitucional español ha insistido, según antes señalaba, en que «los instrumentos para garantizar que los partidos se ajusten a la idea que de éstos tiene la Constitución en cuanto a su sujeción al orden constitucional, su respeto a la legalidad, su estructura democrática y los demás requisitos generales que se exigen a todas las asociaciones, han de centrarse fundamentalmente en el momento de la actuación de éstos y por medio de un control judicial».

Esta ha sido, en conclusión, la solución por la que ha optado el legislador con la nueva Ley de Partidos del año 2002. Una solución que no sólo es compatible con nuestro ordenamiento constitucional, según lo declararía con posterioridad a la aprobación de la Ley de partidos el propio Tribunal Constitucional español, sino también con lo que al respecto ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tras condenar al Estado turco por haber disuelto al Partido Comunista Unificado, al Partido Socialista y al Partido de la Libertad y la Democracia (por sentencias, respectivamente, de 30 de enero de 1998, 25 de mayo de 1998 y 8 de diciembre de 1999), declaró sin embargo en una sentencia de 31 de julio de 2001 (Caso del *Refah Partisi* [Partido de la Prosperidad] y otros *v.* Turquía) que la disolución de esa organización islamista radical –el *Refah Partisi*– por el Tribunal Constitucional turco no había producido violación del artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza la libertad de



asociación. Después de desmenuzar de forma detallada la práctica histórica concreta del Partido de la Prosperidad (una organización partidaria de la *jihad* o guerra santa para alcanzar sus objetivos) analiza el Tribunal Europeo la significación que debe darse a la cláusula del referido artículo 11, cuando dispone que las únicas restricciones que pueden determinarse para la libertad de asociación serán las que, prescritas por la ley, sean necesarias en una sociedad democrática en atención a la seguridad nacional o a la seguridad pública, a la prevención de los tumultos o delitos, o a la protección de los derechos y libertades de los demás. Tras todo ello, el órgano jurisdiccional europeo realiza un pronunciamiento (nº 47) que resulta excepcionalmente interesante para confirmar el correcto encaje democrático de la nueva Ley de Partidos española: «El Tribunal considera que un partido político puede hacer campaña a favor del cambio de las leyes o de las estructuras constitucionales del Estado, siempre que se den dos condiciones: 1. Que los medios empleados a tal fin deben ser legales y democráticos en todos los sentidos. 2. Que el cambio que se proponga sea también el mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De lo que se sigue necesariamente que un partido político cuyos líderes incitan a recurrir a la violencia, o proponen una política que no es compatible con una o más de una de las reglas de la democracia, o aspiran a la destrucción de la propia democracia, o violan los derechos y libertades que la democracia garantiza, no pueden pretender prevalerse de la protección de la Convención frente a las sanciones que por esas razones les han sido impuestas».

¿Existía en España en 2002, cuando la Ley de partidos fue aprobada por las Cortes españolas, algún partido cuyos líderes incitasen a recurrir a la violencia, propusiesen una política que



no era compatible con una o más de una de las reglas de la democracia, aspirasen a la destrucción de la propia democracia o violasen los derechos y libertades que la democracia garantiza? Trescientos cuatro diputados de los trescientos cincuenta que componen el Congreso, pertenecientes a partidos que representaban al 85% de los votos expresados en las elecciones generales de 2000 y al 94% de los escaños de la Cámara, entendieron que sí al aprobar la Ley que iba a permitir ilegalizar a los partidos vinculados a ETA militar. Como así lo consideraron igualmente el 74% de los ciudadanos españoles a los que, según el barómetro de abril de 2002 del Centro de Investigaciones Sociológicas – el más importante instituto de estudios de opinión de naturaleza pública existente en España– les parecía bien o muy bien «la iniciativa legal que permite ilegalizar a aquellos que apoyen al terrorismo y que intenten destruir el sistema democrático». Pero la decisión de ilegalizar a Herri Batasuna, a sus partidos satélites y todos los partidos y coaliciones electorales a través los que la primigenia Herri Batasuna ha tratado, tras su ilegalización, de burlarla de forma fraudulenta no fue sólo una decisión política que contó con el apoyo de la inmensa mayoría de la opinión pública española. El impulso político para la ilegalización partió, desde luego, de las Cortes, que aprobaron por inmensa mayoría en junio de 2002 la Ley que iba a posibilitar poner fuera de la ley al brazo político de ETA y del Congreso de los Diputados que acordó en agosto de 2002, también por inmensa mayoría, presentar ante el Tribunal Supremo la correspondiente demanda de ilegalización en aplicación de lo previsto legalmente. Sin embargo, como con toda claridad dispone la Constitución española, la decisión no pudo ser más que judicial. Antes, en todo caso, de que se pronunciase el órgano judicial que legalmente podía hacerlo, el Tribunal Constitucional español dictó una importantísima





sentencia en la que, fallando un recurso de inconstitucionalidad presentada por el Gobierno nacionalista de la Comunidad Autónoma del País Vasco, proclamó que la Ley de partidos de 2002 era compatible con la Constitución. Esa decisión, adoptada por unanimidad, en la importantísima sentencia 48/2003, de 12 de marzo, dejó expedita la vía para que, dos semanas después, la Sala Especial del Tribunal Supremo, igualmente por unanimidad, acordase, en su sentencia de 27 de marzo de 2003<sup>10</sup>, la ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, con lo que se ponía fin a un escándalo incompatible con los principios que rigen en cualquier sistema democrático: que el brazo armado de un grupo terrorista, que, entre otras cosas, no sólo consideraba legítimo asesinar a sus adversarios políticos sino contribuir, en ocasión de forma directa, a que esos asesinatos de produjeran, pudiese competir, como un partido más, dentro de la ley.

Desde la aprobación de la Ley de partidos (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos) serían muchos los intentos del mundo etarra de relegalizar fraudulentamente un brazo político a través de partidos fantasmas o de las llamadas *listas blancas* presentadas a diversos tipos de elecciones. Con mayor o menor dificultad, el Tribunal Supremo, primero, y el Tribunal Constitucional, después, denegando los recursos de amparo presentados contra las sentencias del Supremo, impedirían la vuelta a la legalidad de Herri Batasuna y de casi

<sup>10</sup> Un comentario exhaustivo de ambas sentencias puede verse en Javier Tajadura Tejada, *Partidos políticos y Constitución (Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo)*, Madrid, Cívitas, 2004.



todos sus herederos y caretas <sup>11</sup>. De casi todos, pues tras la ilegalización de Batasuna se producirían dos tristes excepciones: la de las elecciones autonómicas vascas del año 2005 y las elecciones municipales del año 2007, a las que Batasuna pudo concurrir a través de sendos partidos fantasma, el Partido Comunista de las Tierras Vascas y Acción Nacionalista Vasca respectivamente, sólo porque el Gobierno español, ya entonces de mayoría socialista, se negó a poner en marcha el mecanismo para la ilegalización del partido y/o la impugnación de las candidaturas electorales de las que se tratase en cada caso. Aunque ambas marcas fraudulentas de Batasuna serían ilegalizadas con posterioridad, la no ilegalización inicial de una y otra permitió la vuelta a las instituciones del brazo político de ETA y permitió que

<sup>11</sup> La bibliografía comentando la doctrina sentada en sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, doctrina que han contribuido a delimitar los perfiles de las previsiones contenidas en la Ley de partidos, es numerosa. Pueden verse, entre otros, los trabajos siguientes: Octavio Salazar Benítez, «La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por la LO 2/2002, de partidos políticos. Comentario a la SSTS de 3 de mayo y a la STC 85/2003, de 8 de mayo», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 122 (2003); Miguel Pérez-Moneo Agapito, «Parámetros para enjuiciar la continuidad entre partidos ilegalizados y agrupaciones de electores (La conexión entre las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2003 y la STC 85/2003)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70 (2004); y, finalmente, del mismo autor, «Aukera Guztiak y la sucesión de Batasuna: un nuevo episodio en la ilegalización de partidos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2005 y la STC 68/2005», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74 (2005). Dos monografías posteriores tienen un gran interés en *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas* (Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007) Miguel Pérez-Moneo Agapito resume y sistematiza varios de sus trabajos en la materia; a esta obra debe añadirse, desde el punto de vista del derecho comparado, la de Javier Corcuera, Javier Tajadura Tejada y Eduardo Vírjala Foruria, *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Editorial Dykinson, 2008.



existiesen de nuevo concejales electos, alcaldes o diputados autonómicos que se negasen a condenar asesinatos y otros atentados terroristas. Como en el mito de Sísifo, esa inacción gubernamental – justificada en la existencia de un supuesto proceso de solución negociada de la violencia terrorista que resultó finalmente un descomunal fiasco– obligó a las instituciones del Estado democrático a volver a plantearse de nuevo la necesidad de ilegalizar a unos partidos que volverían a entrar en una legalidad de todo punto incompatible con los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) que proclama la Constitución española en su artículo primero.

Algo más de dos décadas después de aprobada la Ley de partidos, que por su contenido material iba a acabar siendo en realidad una norma de defensa del Estado constitucional y de la democracia contra los que querían acabar con una y otro por medio de la violencia terrorista, sigue abierto en España el debate sobre si la aprobación de aquella norma en el año 2002 y las consecuencias que de la misma se derivaron – la expulsión de la legalidad de las franquicias legales de ETA – contribuyó o no al fin de sus acciones terroristas. Desde mi punto de vista la cosa no tiene duda: el comunicado de la banda criminal hecho publico el 20 de octubre de 2011 en el que ETA anuncia lo que los propios terroristas denominan “cese definitivo de la actividad armada” resulta de todo punto incomprensible sin tener a la vista los efectos que sobre la banda iba a tener la imposibilidad de mantener al mismo tiempo una actividad criminal y una actividad legal en las instituciones democráticas. La Ley de partidos fue, de este modo, un elemento fundamental para llevar a los terroristas al convencimiento de que no tenían otra salida que el desistimiento de su actividad criminal, toda



vez que no sólo el Estado español no abriría ninguna negociación con los etarras sobre sus objetivos políticos sino que ni siquiera permitiría la existencia de ningún partido que pretendiese en nombre y por cuenta de ETA defenderlos legalmente. Por eso, la opción política en la que se enmarcó en el año 2002 la aprobación de la ley de partidos no fue sólo una opción ética y moral que ponía fin a la ignominia de que el frente político de una banda de asesinos pudiese competir por medio de una marca legal con los partidos sometidos a su acción terrorista. Fue también una opción de política inteligente que ponía a ETA ante el dilema de estar en las instituciones o dejar las armas. El que ETA tardase casi 10 años en llegar a la conclusión de que una y otra cosa eran incompatibles no contradice una verdad elemental: que la Ley de partidos fue, junto con la acción policial y judicial dirigida a perseguir a los terroristas, el instrumento esencial para hacer desistir a los asesinos de un actividad criminal que no tenía para sus terribles ejecutores otro horizonte que la detención, la condena penal y la prisión.



anno III, n. 1, 2013

data di pubblicazione: 12 aprile 2013

Focus-Germania

# Le forze di pubblica sicurezza in Germania

Tra necessità di coordinamento, effettività di  
intervento e rispetto dell'organizzazione federale

Andrea De Petris

Indice: I. Polizia e sicurezza nel sistema federale tedesco. – II. Linee evolutive del diritto di polizia nella Repubblica Federale di Germania. – III. Competenze, numeri e enti di sicurezza: un quadro d'insieme. – IV. Le fonti normative della sicurezza. – 1. Fonti normative federali. – 2. Fonti normative dei *Länder*. I due diversi modelli di assetti normativi. – V. Le autorità di sicurezza dei *Länder*. – 1. Il processo di “depolizizzazione”. – 2. L'organizzazione delle forze di polizia. – 3. L'organizzazione delle autorità di pubblica sicurezza. – VI. Disciplina ed organizzazione delle forze di polizia negli ordinamenti dei sedici *Länder* tedeschi. – 1. Baden-Württemberg. – 2. Baviera. – 3. Berlino. – 4. Brandeburgo. – 5. Brema. – 6. Amburgo. – 7. Assia. – 8. Mecklenburgo-Pomerania occidentale. – 9. Bassa Sassonia. – 10. Nordreno-Vestfalia. – 11. Renania-palatinato. – 12. Saar. – 13. Sassonia. – 14. Sassonia-Anhalt. – 15. Schleswig-Holstein. – 16. Turingia. – Conclusioni.

1

## I. Polizia e sicurezza nel sistema federale tedesco

A differenza di altri ordinamenti, quello tedesco fa corrispondere ad una denominazione formale di “*Bundesstaat*” un assetto istituzionale materiale effettivamente fedele al principio federale<sup>1</sup>: un principio che ispira anche la disciplina

<sup>1</sup> Per un breve sunto in italiano dell'assetto federale tedesco v. P. Häberle, *Introduzione alla Legge Fondamentale tedesca*, in: Palici di Suni Prat, E./Cassella, F./Comba, M., *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova



della sfera della sicurezza pubblica, regolamentata in più occasioni dalla Legge Fondamentale (di seguito: LF), la carta costituzionale della Germania federale.

Per quanto attiene alle potestà legislative, in mancanza di espliciti riferimenti normativi che dispongano diversamente, la disciplina della sicurezza e delle forze di polizia va considerata rientrando fra le competenze proprie dei *Länder*<sup>2</sup>: tale principio viene tuttavia mitigato da una serie di disposizioni costituzionali che riservano alla Federazione esplicite potestà legislative in specifici settori della sicurezza pubblica<sup>3</sup>. Anche nell'ambito delle potestà esecutive sono i *Länder* ad essere chiamati in causa in prima istanza<sup>4</sup>, ad eccezione dei casi in cui la Federazione non sia autorizzata ad istituire autorità di carattere amministrativo per la gestione di materie specifiche<sup>5</sup>,

2

2001<sup>2</sup>, 321-333, in part. 325-326. Per un contributo più recente v. fra gli altri F. Palermo-J. Woelk, *Germania*, Il Mulino, Bologna 2005, e G. Parodi, *La Germania e l'Austria*, in: P. Carrozza/A. Di Giovine/G.F. Ferrari, *Diritto Costituzionale Comparato*, Laterza, Bari 2009, 196-225, che tiene conto anche delle più recenti riforme occorse al modello federale della RFT.

<sup>2</sup> Cfr. Art. 70 I LF: "I *Länder* hanno diritto di legiferare nella misura in cui la presente Legge Fondamentale non riservi alla Federazione le competenze legislative".

<sup>3</sup> Art. 71 ss. LF.

<sup>4</sup> Cfr. art. 83 LF ("I *Länder* danno esecuzione alle leggi federali come materia di propria competenza, a meno che la presente Legge Fondamentale non disponga o consenta altrimenti") e ss.

<sup>5</sup> Cfr. ad es. art. 87 I 2 LF: "Con legge federale possono essere istituiti uffici federali per la protezione delle frontiere, uffici centrali per le notizie e le informazioni di polizia, per la polizia criminale, per la raccolta di dati a scopo di difesa, della Costituzione e contro iniziative che hanno luogo nel territorio dello Stato, le quali con l'impiego della violenza o con attività preparatorie minacciano interessi esteri della Repubblica Federale di Germania".



avocando in tal modo a sé la competenza esecutiva nei settori in questione. Sussistono poi delle discipline riguardanti l'intervento di polizia, soprattutto in materia di tutela dei diritti fondamentali, rispetto alla quale anche le forze di sicurezza possono intervenire solamente nell'ambito di norme di autorizzazione conformi al dettato costituzionale.

La LF contiene invece solo poche disposizioni relative all'esercizio di poteri di polizia: tra queste si annovera la possibilità per le autorità federali di impartire istruzioni agli Esecutivi dei *Länder* affinché questi mettano a disposizione di altri *Länder* le proprie forze di polizia nei casi di calamità naturali<sup>6</sup> o di difesa da pericoli che minaccino la Federazione o un *Land*<sup>7</sup>, il potere di intervento rispetto alle richieste di aiuto di un *Land* alla Federazione o ad altri *Länder*<sup>8</sup>, ed infine i poteri eccezionali previsti a favore del Governo federale durante lo "stato di difesa"<sup>9</sup>.

3

Gli artt. 71 e ss. LF attribuiscono alla Federazione numerose competenze in materia di disciplina delle funzioni di polizia, di cui essa ha fatto ampiamente uso; in particolare, appartengono a questa categoria di norme costituzionali:

- l'art. 73 nr. 5 LF, in materia di unità doganale e di tutela dei confini, nonché di scambi commerciali con l'estero;
- l'art. 73 nr. 6a LF, per i servizi di polizia sulle ferrovie totalmente o in maggioranza di proprietà federale;

<sup>6</sup> Art. 35 II LF.

<sup>7</sup> Art. 91 II LF.

<sup>8</sup> Cfr. artt. 35 II, 91 I LF.

<sup>9</sup> Art. 115f LF.



- l'art. 73 nr. 10 LF, per l'istituzione di un ufficio federale di polizia criminale<sup>10</sup>, la lotta alla delinquenza internazionale, la cooperazione tra Federazione e *Länder* nell'ambito delle funzioni di polizia criminale, e la difesa da minacce violente delle relazioni internazionali.

Inoltre, sono previste ampie competenze federali in materia di sicurezza, ricomprese nelle potestà legislative *ex artt.* 73 ss. LF. A questo proposito rivestono una particolare importanza:

- l'art. 74 I 4 LF per la legge sugli stranieri (*AusländerG*), quella sulla residenza di stranieri (*Ausländeraufenthalts*) e sul procedimento di richiesta e concessione del diritto di asilo (*AsylverfahrensG*);
- l'art. 74 I 4a LF per la disciplina di armi (*WaffenG*) ed esplosivi (*SprengstoffG*);
- l'art. 74 I 11 per la legislazione economica, in particolare il Codice delle attività lucrative indipendenti (*Gewerbeordnung*) e le leggi speciali collegate;
- l'art. 74 I 19 LF per la disciplina di protezione contro le infezioni (*InfektionsschutzG*) e le epidemie animali (*TierseuchenG*);
- l'art. 75 I 5 LF per la disciplina quadro delle notifiche (*MelderechtsrahmenG*) e quella dei documenti di riconoscimento (*BundespersonalausweisG*)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Sull'Ufficio federale di polizia criminale v. in dettaglio *infra*, par. II.

<sup>11</sup> Per un maggiore chiarimento su questo quadro d'insieme cfr. C. Gusy, *Polizeirecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003<sup>5</sup>, Rn. 14 ss.





Accanto alle norme vigenti in materia sul piano federale, esiste un ampio panorama di disposizioni con cui i *Länder* hanno fatto uso delle loro competenze in materia di sicurezza, delle quali si fornirà una analisi articolata più oltre<sup>12</sup>.

## **II.Linee evolutive del diritto di polizia nella Repubblica Federale di Germania.**

Il diritto di polizia in Germania è stato caratterizzato negli anni da alcune trasformazioni e tendenze evolutive che riflettono indirizzi e problematicità derivanti dalla mancanza di un'autorità di pubblica sicurezza attiva a livello federale, ma anche dalla necessità di adeguare periodicamente l'organizzazione delle autorità di pubblica sicurezza alle differenti esigenze emerse nelle diverse fasi storiche attraversate dalla Repubblica Federale<sup>13</sup>.

Tra le modifiche più rilevanti è possibile annoverare in primo luogo una forma di soggettivizzazione del *modus operandi* delle forze di polizia, sviluppatasi tra gli anni '60 ed '80 del secolo scorso, secondo il quale invece di procedere sulla base di pericoli oggettivamente esistenti, queste possono operare anche sulla base di valutazioni erronee ma che giustificano il sospetto che ci si trovi di fronte ad una situazione di pericolo per la sicurezza pubblica<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> V. *infra*, par. IV. 2., e par.VI.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione diacronica dell'evoluzione delle funzioni delle forze di polizia dalla fondazione della RFT fino al momento della riunificazione delle due Germanie v. C. Dams, *Die Polizei in Deutschland 1945-1989*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 48/2008, 9-14.

<sup>14</sup> B. Pieroth/B. Schlink/ M. Kriesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Beck, München 2004<sup>2</sup>, 13.



Tale fenomeno ha provocato, a sua volta, una soggettivizzazione normativa rispetto alle forme di intervento delle autorità di sicurezza, le quali non devono più rendere conto solamente alla collettività nel suo complesso del modo in cui adempiono ai loro obblighi, ma sono invece tenute a considerare anche le esigenze del singolo individuo, titolare in quanto tale di un diritto a che la decisione sull'impiego delle forze di polizia non sia assunta sulla base di elementi infondati od erronei.

Una terza trasformazione riguarda le diverse modalità operative che le forze di polizia sono tenute a seguire nelle moderne forme di lotta e di prevenzione della criminalità organizzata. Da un lato, la prassi abituale prevedeva una legittimazione normativa e giurisdizionale delle sole informazioni raccolte nell'attività di *Intelligence* direttamente finalizzata all'eliminazione di organizzazioni criminali: pertanto, tutti i dati personali raccolti in iniziative non qualificabili come indagini di polizia esulavano da questo obbligo di legalizzazione, malgrado costituiscano comunque un'intrusione nella sfera dei diritti fondamentali del soggetto interessato. D'altro canto, dal momento che la moderna lotta all'illegalità non può più legittimarsi come esclusiva reazione a reati già commessi, si tende sempre più frequentemente ad ammettere che le indagini di pubblica sicurezza rivestano in una certa misura anche una funzione di contrasto preventivo contro possibili azioni criminali, raccogliendo dati ed informazioni su persone e situazioni sospette a prescindere dall'effettiva presenza di delitti al momento delle investigazioni; naturalmente, ciò provoca un conseguente



quanto difficilmente evitabile indebolimento di quelle forme di tutela dei diritti individuali che le iniziative delle forze di polizia erano in precedenza tenute molto più strenuamente ad osservare.

Fra le più attuali tendenze evolutive in tema di sicurezza pubblica in Germania si annovera in primo luogo la spinta all'accentramento delle competenze in materia, ovvero di un loro trasferimento dagli ambiti inferiori a quelli superiori dell'ordinamento, dal livello comunale a quello degli enti sub-statali, fino a quello dello Stato centrale<sup>15</sup>. In anni più recenti si è andati assistendo ad una continua trasmigrazione di potestà di polizia dalle amministrazioni comunali ai *Länder*, e da questi alla Federazione<sup>16</sup>.

Il *Bundesgrenzschutz* (Guardia Federale di Frontiera o Polizia di Confine tedesca), istituito negli anni '50, ha ricevuto nel corso del tempo poteri di polizia sui treni, negli aeroporti ed a bordo di aerei tedeschi, per poi vedere estese le proprie competenze in ordine alla protezione dei confini nazionali, ed ampliare la propria autorità in materia di controlli preventivi di soggetti sospetti di azioni criminali. In qualità di ente chiamato a proteggere organi costituzionali federali, esso gode del

<sup>15</sup> J. Isensee, *HdbStR - Handbuch des Staatsrechts IV (Finanzverfassung - Bundesstaatliche Ordnung)*, Müller Verlag, Heidelberg 1996, § 98 Rn. 199.

<sup>16</sup> H.Lisken/E. Denninger, *HdbPolR - Handbuch des Polizeirechts*, Beck, München 2001<sup>3</sup>, C Rn. 142. Per una ricostruzione aggiornata agli anni più recenti delle evoluzioni in termini di competenze degli organi centrali di pubblica sicurezza in Germania (Polizia Federale e Ufficio Criminale Federale), v. M. H.W. Möllers/R. C. van Ooyen, *Bundeskriminalamt, Bundespolizei und "neue" Sicherheit*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 48/2008, 26-32.



sostegno logistico dell'Ufficio Criminale Federale e delle autorità di polizia dei *Länder*: per facilitare l'adempimento di queste funzioni, nel *Bundesgrenzschutzgesetz* (Legge Federale sulla Guardia di Frontiera) sono state previste apposite competenze equivalenti a quelle spettanti alle forze di polizia regionali<sup>17</sup>. Un successivo processo di razionalizzazione delle competenze ha riunito sotto il comando di un'unica forza di polizia sia i poteri di controllo dei confini nazionali, sia la sorveglianza di stazioni ferroviarie (la Polizia Ferroviaria) ed aeroporti: di conseguenza, a partire dal 2005 *Bundesgrenzschutz* ha ricevuto la nuova denominazione di *Bundespolizei* – BPOL (Polizia Federale), potendo contare su un personale di circa 32.000 unità<sup>18</sup>.

Al *Bundeskriminalamt* (BKA - Ufficio Criminale Federale), situato a Wiesbaden, in Assia, vengono riconosciuti poteri sempre maggiori nell'ambito della lotta contro la criminalità organizzata: in particolare, ad esso è attribuita in primo luogo la funzione di coordinamento della cooperazione tra Federazione e *Länder*, e tra le autorità di polizia nazionali ed internazionali. Con un personale di 4.600 unità, la metà dei quali impegnati nei servizi di investigazione, il BKA si occupa soprattutto di lotta al traffico di droga e di esseri umani, al terrorismo e al riciclaggio di denaro<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Per una ricostruzione delle fonti normative degli enti di sicurezza federali v. *infra*, par. IV. 1.

<sup>18</sup> Cfr. H. Groß, *Polizeien in Deutschland*, 2012, disponibile in: <http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/76660/polizeien-in-deutschland?p=all> (10.4.2013).

<sup>19</sup> Id.



Il *Bundesnachrichtendienst* (BND - Servizio Federale di Informazioni), ed il *Bundesamt für Verfassungsschutz* (Ufficio Federale per la Difesa della Costituzione) operano nel settore della lotta alla criminalità organizzata ed al terrorismo internazionale. Il *Zollkriminalamt* (Ufficio Criminale di Dogana) detiene poteri di intervento preventivo contro la criminalità grazie ai quali può violare la segretezza sia della corrispondenza che delle comunicazioni postali, telefoniche e telematiche.

La ragione del trasferimento verso l'alto di dette competenze va ricercata innanzi tutto nella difficile situazione in cui versano le finanze dei *Länder*, i quali comprensibilmente non sono particolarmente interessati a conservare potestà il cui esercizio si traduce in un onere particolarmente gravoso sui loro bilanci. In secondo luogo, è sensibilmente mutata la situazione ai confini nazionali: dal momento che, di fatto, i controlli non vengono più posti in essere sul fronte occidentale, mentre sono divenuti assai più blandi su quello orientale, le autorità federali non possono validamente esercitare la loro funzione di protezione dei confini senza operare direttamente anche nel territorio interno, ovvero in quello che sarebbe originariamente lo specifico ambito di competenza dei *Länder*. Un ultimo ordine di motivi, infine, va ravvisato nel fatto che la stessa criminalità organizzata non agisce più in ambiti esclusivamente regionali o sub-statali, ragione per cui anche il loro osteggiamento da parte delle pubbliche autorità non può arrestarsi di fronte ai confini territoriali interni senza subire un irrimediabile ridimensionamento in termini di effettività. Le stesse giustificazioni vengono peraltro apportate a sostegno dello



sviluppo della collaborazione e della razionalizzazione delle relazioni tra autorità nazionali e sovranazionali nella lotta alla criminalità: per questo è possibile riconoscere a riguardo una prima tendenza alla europeizzazione dei poteri di polizia ed *Intelligence*, ovvero di un'ulteriore trasmigrazione di competenze di pubblica sicurezza dalla dimensione nazionale a quella europea comunitaria, a cui si aggiunge l'ulteriore passo della internazionalizzazione delle medesime potestà, sempre più frequentemente sottratte alla Federazione ed ai *Länder* attraverso la sottoscrizione di specifici accordi internazionali finalizzati a consentire una efficace cooperazione tra autorità di sicurezza statuali e sub-statali da un lato, e l'ambito prettamente internazionale dall'altro<sup>20</sup>.

Le istituzioni federali sono ricorse alla competenza legislativa *ex art. 73 10 LF* per consolidare le funzioni del *Bundeskriminalamt*<sup>21</sup>, mentre sugli stessi temi i *Länder* hanno avviato occasionali colloqui informali o addirittura concluso veri e propri accordi transfrontalieri con enti regionali stranieri<sup>22</sup>. In direzione per così dire opposta va invece la tendenza alla localizzazione dell'attività di *Intelligence*, intesa come spinta a combattere i fenomeni di criminalità laddove essi tendono in primo luogo a manifestarsi, ovvero nelle strutture e nei contesti prettamente locali: il fenomeno sembra richiamare

<sup>20</sup> Le fonti normative per la competenza a stipulare accordi internazionali si ravvisano nell'art. 32 I LF per quanto riguarda la Federazione, e nell'art. 32 III in combinato disposto con gli artt. 70 e ss. LF per quanto riguarda i *Länder*.

<sup>21</sup> Cfr. §§ 3, 14 e 15 Bundeskriminalamtgesetz – BKAG.

<sup>22</sup> Cfr. I. Pernice, in: H. Dreier (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr, Tübingen, Bd. 2, 1998, Art. 32 Rn. 35 ss.



abbastanza fedelmente dottrine come la “Tolleranza Zero”, di origine statunitense, secondo la quale anche le forme di microcriminalità vanno combattute strenuamente in quanto, se tollerate, esse provocano specialmente all’interno dei grandi centri urbani un rapido decadimento di interi quartieri, capaci in poco tempo di trasformarsi nel contesto ideale per il proliferare di attività criminali sempre più organizzate ed aggressive. Tali dottrine si concretizzano in azioni in gran parte di carattere preventivo, con cui ad es. si mira a bandire mendicanti, senzatetto, alcolizzati e tossicodipendenti dal territorio di un ente comunale nel tentativo di arrestarne il degrado territoriale connesso alla presenza di tali categorie di soggetti. Probabilmente, tuttavia, il ricorso a misure del genere potrebbe incontrare in Germania dei limiti soprattutto in termini di tutela dei diritti fondamentali non sempre avvertiti come prioritari nella dottrina statunitense. Nel contesto tedesco sembrano invece maggiormente praticabili le azioni di coordinamento tra autorità di sicurezza federali, regionali e comunali finalizzate ad es. ad arrestare sul nascere iniziative criminali e comportamenti illegali in stazioni ferroviarie e su mezzi di trasporto pubblici. I Comuni che non considerano sufficienti queste forme di intervento, inoltre, tendono a favorire una crescente privatizzazione della tutela dell’ordine pubblico, rivolgendosi in alcuni casi a servizi di sicurezza privati non più riservati a speciali categorie di soggetti, come ad es. gli istituti bancari o le imprese di trasporto valori, ma diffusi ormai nell’intero territorio comunale e capaci, in certi casi, persino di avviare forme di cooperazione con le forze di polizia tradizionali. Come è facile intuire, ad ogni modo, anche queste



nuove forme di lotta alla criminalità presentano aspetti di dubbia conformità al dettato costituzionale, risolvibili solamente attraverso una dettagliata disciplina della materia, la quale rientra tra le potestà normative dei *Länder* in quanto titolari delle competenze di polizia.

### **III. Competenze, numeri e enti di sicurezza: un quadro d'insieme**

Sia per quanto detto finora, sia per quanto verrà riportato più oltre in merito all'organizzazione degli apparati di sicurezza dei *Länder*, si evince chiaramente che il quadro organizzativo delle forze di polizia attive in Germania risulta molto articolato e complesso.

Gli uffici e le autorità con competenze di sicurezza presentano una grande varietà, conseguenza del fatto che buona parte del loro assetto organizzativo è demandato per l'appunto agli ordinamenti regionali. Ne deriva una oggettiva complessità sia nella loro ricognizione sul piano competenziale, sia nell'orientamento nella diversità di denominazioni adottate dalle diverse autorità substatuali<sup>23</sup>.

Nel complesso, dunque, si profila una estrema eterogeneità nell'assetto organizzativo adottato dalle autorità di sicurezza nei sedici *Länder* tedeschi: si passa infatti dai circa 50 uffici con competenze di polizia istituiti dal Nordreno-Vestfalia, al caso dell'Assia, dotata di appena tre uffici centrali di polizia e sette

<sup>23</sup> B. Frevel, *Polizei, Politik und Wissenschaft*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 48/2008, 3-8 (4).





presîdi territoriali sottoposti al comando del presidio di polizia del Land<sup>24</sup>.

Da un punto di vista numerico, i dati in materia indicano che i circa 82 milioni di cittadini tedeschi hanno a disposizione 32.000 unità appartenenti alla Polizia Federale, 5.600 dipendenti del *Bundeskriminalamt*, e circa 221.000 agenti di polizia in forza ai sedici *Länder* membri della Federazione. In termini di densità di presenza rispetto all'ammontare della popolazione, risulta che a livello nazionale in Germania è disponibile un agente di polizia regionale ogni 372 abitanti: un dato piuttosto basso rispetto alla media europea, dal momento che sia in Europa meridionale che orientale risultano presenti poliziotti in numero maggiore che nella Repubblica Federale, a fronte di un personale addetto alla sicurezza pubblica nei Paesi scandinavi pari a due terzi di quello impiegato in Germania<sup>25</sup>.

13

Se dal piano nazionale si passa a quello regionale, emerge tuttavia come il rapporto numerico tra abitanti e forze di polizia mostri scostamenti molto rilevanti dalla media Paese: il maggior numero di agenti si ravvisa nei cd. *Länder* cittadini di Amburgo, Berlino e Brema, con la capitale federale che, grazie ad un rapporto di 1:162, risulta prima in questa speciale classifica. Il dato berlinese si spiega probabilmente proprio con lo status particolare della città anche rispetto agli equilibri politici ed istituzionali del Paese, nonché, per conseguenza, per

<sup>24</sup> Per una ricognizione dettagliata dell'assetto organizzativo delle forze di polizia dei sedici *Länder* cfr. H. Groß/B. Frevel/C. Dams (hrsg.), *Handbuch der Polizeien Deutschlands*, Springer, Wiesbaden 2008.

<sup>25</sup> H. Groß, *Deutsche Länderpolizeien*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 48/2008, 20-25 (21).



la concentrazione di manifestazioni e visite di Stato che hanno luogo nel territorio berlinese.

Tra gli altri *Länder* si nota come anche ad oltre 20 anni dalla riunificazione delle due Germanie, le regioni dell'Est continuano a mantenere una densità di forze di polizia per abitante superiore a quelle dell'Ovest. La circostanza si deve in buona parte all'incorporazione negli apparati di polizia dei cd. "nuovi *Länder*" (quelli cioè entrati a far parte della RFT a seguito dell'ingresso dei territori della ex RDT nella Repubblica Federale nel 1990) nelle forze di sicurezza della Germania riunificata. Da questo punto di vista, la riunificazione comportò un ridimensionamento minimo del personale: solo i vertici delle forze di sicurezza dell'Est furono licenziati o sostituiti da omologhi provenienti dai *Länder* occidentali, mentre la massa degli agenti di polizia venne mantenuta in servizio, anche perché maggiormente in grado di intervenire su un territorio ed una popolazione sicuramente meglio conosciuti di quanto non avrebbero potuto fare agenti "su strada" trasferiti dall'Ovest<sup>26</sup>.

14

La maggior densità di poliziotti per abitante si ravvisa dunque nei *Länder* orientali, che mostrano un dato variabile da 1:290 ad 1:360, mentre gli enti regionali occidentali detengono in questo rapporto valori andanti da 1:380 a 1:450. Negli ultimi anni le amministrazioni regionali dei "nuovi *Länder*" hanno avviato un processo di ridimensionamento numerico delle forze di polizia, che tuttavia non può ancora dirsi concluso<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Ibid., 21.

<sup>27</sup> Id.



Una conferma dell'opportunità di differenziare l'entità delle forze di polizia nei diversi ambiti territoriali del Paese, ad ogni modo, si ravvisa nelle statistiche relative ai reati commessi, nelle quali spiccano appunto le città-Stato di Amburgo, Berlino e Brema, che nell'anno 2006 hanno registrato un numero di atti di criminalità variabili dai 13.500 ai 14.500, seguiti dai *Länder* orientali, con 8.900 reati<sup>28</sup>. In termini comparativi generali, nell'anno 2006 la frequenza di fenomeni criminali a Berlino e Brema è risultata tre volte superiore che in Baviera o in Baden-Württemberg: nel complesso, dunque, si delinea una corrispondenza tra maggiore densità di agenti di polizia per abitante e numero di reati commessi, dato che giustifica in buona parte le differenze sopra citate.

Per un quadro numerico d'insieme si veda la tabella sottostante.

<sup>28</sup> Id., 22. Cfr. anche *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht* (II Rapporto Periodico sulla Sicurezza) a cura dei Ministeri dell'Interno e della Giustizia, edito nel 2009 ma aggiornato all'anno 2006, disponibile in: [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Veroeffentlichungen/2\\_periodischer\\_sicherheitsbericht\\_langfassung\\_de.pdf;jsessionid=E0A41B09970A23C0BC6785EB29A49A39.2\\_cid295?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Veroeffentlichungen/2_periodischer_sicherheitsbericht_langfassung_de.pdf;jsessionid=E0A41B09970A23C0BC6785EB29A49A39.2_cid295?__blob=publicationFile) (10.4.2013).



Tabella: Abitanti, forze di polizia e criminalità 2006/2007

|                    | Abitanti 2006<br>(in migl.) | Agenti di<br>Polizia<br>2005-2007 | Densità forze<br>di polizia per<br>ab. | Criminalità<br>2006 | Condanne 2006<br>(%) |
|--------------------|-----------------------------|-----------------------------------|----------------------------------------|---------------------|----------------------|
| Amburgo            | 1.754                       | 7.586                             | 1:231                                  | 13.513              | 47,0                 |
| Assia              | 6.078                       | 14.810                            | 1:410                                  | 6.925               | 55,1                 |
| Baden-Württemberg  | 10.744                      | 26.699                            | 1:402                                  | 5.694               | 59,9                 |
| Bassa Sassonia     | 7.985                       | 17.800                            | 1:449                                  | 7.605               | 55,5                 |
| Baviera            | 12.493                      | 32.966                            | 1:379                                  | 5.338               | 64,9                 |
| Berlino            | 3.405                       | 21.065                            | 1:162                                  | 14.576              | 50,2                 |
| Brandeburgo        | 2.549                       | 8.287                             | 1:308                                  | 8.889               | 58,6                 |
| Brema              | 665                         | 3.190                             | 1:208                                  | 14.477              | 43,7                 |
| Meckleburgo-P.O.   | 1.696                       | 5.916                             | 1:287                                  | 8.900               | 60,4                 |
| Nordreno-Vestfalia | 18.036                      | 39.555                            | 1:456                                  | 8.294               | 49,9                 |
| Renania-Palatinato | 4.053                       | 9.103                             | 1:445                                  | 7.116               | 62,6                 |
| Saar               | 1.045                       | 2.861                             | 1:365                                  | 7.076               | 54,6                 |
| Sassonia           | 4.254                       | 10.774                            | 1:395                                  | 7.250               | 59,7                 |
| Sassonia-Anhalt    | 2.446                       | 7.804                             | 1:313                                  | 8.875               | 58,4                 |
| Schleswig-Holstein | 2.834                       | 6.644                             | 1:427                                  | 8.560               | 47,1                 |
| Turingia           | 2.315                       | 6.416                             | 1:361                                  | 6.366               | 64,1                 |
| Germania           | 82.352                      | 6.416                             | 1:372                                  | 7.633               | 55,4                 |

Fonte: H. Groß, *Deutsche Länderpolizeien*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 48/2008, 21.

#### IV. Le fonti normative della sicurezza

##### 1. Fonti normative federali

Come già accennato<sup>29</sup>, il sistema tedesco è caratterizzato dalla mancanza di un servizio di polizia centrale, operativo a livello federale: per tale ragione, non esistono nemmeno delle specifiche fonti normative federali a disciplina di questa materia, la cui emanazione rientra infatti fra le competenze dei *Länder*. Esistono invece delle leggi inerenti a speciali enti di

<sup>29</sup> Cfr. *supra*, par. I.



pubblica sicurezza federali, quali il *Bundesgrenzschutzgesetz* (Legge sulla Guardia Federale di Frontiera) ed il *Bundeskriminalamtgesetz* (Legge sull'Ufficio Criminale Federale), i cui dirigenti sono qualificati come Funzionari Federali di Polizia<sup>30</sup>: di fatto, è possibile parlare di un diritto di polizia federale solo in relazione a specifiche discipline relative alle competenze ed alle potestà di tali enti. Al diritto di polizia federale speciale appartengono inoltre alcune norme specifiche sulla difesa da pericoli e minacce, osservate sia dalle autorità di polizia dei *Länder* che dall'amministrazione federale, con le quali solitamente determinate competenze in materia di sicurezza vengono trasferite dall'ambito sub-statale a quello nazionale<sup>31</sup>.

Per le medesime ragioni, non esiste nemmeno una disciplina generale per il mantenimento dell'ordine pubblico: al legislatore federale è riconosciuta infatti in via di principio una mera competenza legislativa concorrente in materia, di cui è stato fatto uso solamente in relazione a precisi ambiti di esercizio dei poteri di pubblica sicurezza. Nei casi residuali in cui la disciplina costituzionale attribuisce alla Federazione la possibilità di emanare leggi-cornice, le modalità di esercizio delle potestà federali sono chiaramente enunciate nelle leggi dei *Länder* che completano la normativa del *Bund*.

La disciplina normativa federale per il mantenimento dell'ordine pubblico si applica attraverso le autorità di polizia e

<sup>30</sup> Cfr. § 1 *Bundespolizeibeamtengesetz* – Legge sui funzionari federali di polizia.

<sup>31</sup> Sul fenomeno dell'accentramento verso l'alto delle competenze in materia di pubblica sicurezza v. *supra*, par. II.



di ordine pubblico regionali; solo in casi eccezionali la Federazione detiene in questo settore poteri ed apparati amministrativi propri, a carattere a volte obbligatorio, a volte facoltativo, necessitando cioè per la loro instaurazione una apposita legge federale. La maggior parte degli enti amministrativi federali di sicurezza sono stati istituiti con leggi federali emanate ai sensi dell'art. 87 III 1 LF<sup>32</sup>.

*2. Fonti normative dei Länder. I due diversi modelli di assetti normativi*

Dal momento che nel sistema tedesco non è prevista una competenza legislativa in materia di „diritto di polizia“, secondo l'art. 70 LF in via di principio è ai *Länder* che spetta la potestà di legiferare in questo settore, fin quando la Federazione non intervenga sulla base di provvedimenti normativi particolari. I singoli *Länder* hanno fatto uso in modo diverso di tale competenza<sup>33</sup>, sviluppando di fatto due distinti modelli di riferimento: il primo prevede l'esistenza di una legge unitaria che disciplina in ogni sua parte l'intera materia, come nel caso di Baden Württemberg (BW), Berlino (Berl), Brema

<sup>32</sup> “Inoltre, per le materie su cui spetta alla Federazione di legiferare, possono essere istituiti con legge federale enti superiori federali autonomi e nuovi enti ed istituzioni di diritto pubblico di diretta dipendenza federale”. Per “enti federali autonomi” ai sensi di tale disposizione sono da intendersi quegli apparati amministrativi federali privi di una propria sottostruttura, con una competenza estesa all'intero territorio del *Bund* ed una più o meno ampia libertà di fornire informazioni ai Ministeri federali. Per il momento, ad ogni modo, non sono ancora stati istituiti enti amministrativi federali di livello intermedio o inferiore ex art. 87 III 2 LF.

<sup>33</sup> I testi delle leggi dei *Länder* in materia di polizia e pubblica sicurezza sono pubblicati in R. Riegel, *Polizei- und Ordnungsrecht des Bundes und der Länder*, Loseblätter, Heymanns, Köln, München et al.



(HB), Amburgo (HH), Assia (He), Bassa Sassonia (Nds), Renania Palatinato (RP), Saar (Sa), Sassonia (S), Sassonia-Anhalt (LSA); nel secondo caso, al contrario, la stessa materia viene regolata con differenti leggi appositamente dedicate alla materia della sicurezza, quali:

Leggi sull'organizzazione delle forze di polizia: in Baviera (Bay), Brandeburgo (Bbg), Meckleburgo-Pomerania Occidentale (MV), Nordreno Westfalia (NRW), Schleswig-Holstein (SH);

Leggi sui poteri delle forze di polizia (in Bay, Bbg, NRW),

Leggi sulle autorità di pubblica sicurezza (in Bbg, NRW, e nel "diritto di sicurezza" in Baviera)<sup>34</sup>.

Accanto a tali disposizioni generali, possono esistere anche norme specifiche di dettaglio, come ad es. quelle inerenti alle forze di polizia volontarie.

Dal punto di vista organizzativo sembra possibile comunque ravvisare che, a prescindere dal tipo di regolamentazione prescelto, i diversi assetti regionali si siano nella maggior parte dei casi ispirati ad un preciso modello unitario di disciplina del diritto di polizia, elaborato a suo tempo dalla Conferenza dei Ministri degli Interni dei *Länder*<sup>35</sup>. Un progetto alternativo, approntato da alcuni costituzionalisti e che avrebbe dovuto rappresentare un contraltare liberale al modello proposto dai

<sup>34</sup> V. *infra*, par. VI.2.

<sup>35</sup> Il modello, approvato l'11/6/1976, è pubblicato e commentato in G. Heise/R. Riegel, *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*, Boorberg, Stuttgart, München et al., 1978<sup>2</sup>; E. Rasch, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Heymanns, Köln, München et al., 1982<sup>2</sup>.



responsabili dei dicasteri degli interni regionali<sup>36</sup>, ha trovato seguito solo in alcuni *Länder* (principalmente a Brema) e solamente in specifiche materie, come nella protezione dei dati personali<sup>37</sup>.

## **V. Le autorità di sicurezza dei *Länder***

### *1. Il processo di "depolizizzazione"*

L'organizzazione delle autorità di sicurezza regionali segue principi diversi nei vari *Länder*. Essendosi affermata già nel XIX secolo la convinzione che le potestà in materia di sicurezza non dovessero essere competenza esclusiva dell'esercito e della polizia criminale, si consolidò già allora in forte misura la distinzione tra forze di polizia amministrative e forze di polizia effettivamente esecutive. Il lavoro burocratico di numerose autorità di polizia tradizionali (come ad es. la "Polizia edilizia", la "Polizia per i casi di epidemia" e la "Polizia per gli stranieri") presentava comunanze sempre più rilevanti con l'attività amministrativa generale. Al contrario, le similitudini con il normale lavoro di polizia (pattugliamento, indagini, pedinamenti) diminuirono considerevolmente. Questo sviluppo comportò, sul piano pratico, quanto meno una rafforzata differenziazione interna delle autorità di polizia – da un lato la gestione amministrativa delle relative competenze, dall'altro lo svolgimento delle tipiche attività di forze dell'ordine –, se non addirittura un trasferimento di compiti estranei alle mansioni di

<sup>36</sup> Pubblicato e commentato in E. Denninger et al., *Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*, Luchterhand, Neuwied, 1979.

<sup>37</sup> C. Gusy, op. cit., Rn. 31.





pubblica sicurezza ad autorità amministrative esterne alle strutture di polizia tradizionali. Dopo la II Guerra Mondiale, sotto l'influenza delle forze di occupazione della Germania occidentale furono in parte tratte delle conseguenze di carattere organizzativo dallo sviluppo appena descritto, riassunte nella parola-chiave "depolizificazione". Da allora è possibile distinguere due diversi modelli negli assetti dei *Länder* federali.

I *Länder* Baden-Württemberg, Brema, Sassonia e Saar hanno conservato l'unitarietà delle autorità di polizia. Dal punto di vista organizzativo, si applica il principio di unitarietà dell'attività di pubblica sicurezza. Una sola autorità – in verità, quella di polizia – è competente per tutti i provvedimenti da emanare in un determinato settore. Ciononostante, anche nella disciplina di tali *Länder* si trova la citata differenziazione tra attività di polizia prettamente burocratica e quella più specifica. Le forze di polizia dei *Länder* in questione si dividono infatti in due parti: le autorità di polizia amministrative e le autorità di polizia esecutive, sebbene le prime possano essere anche definite "autorità di polizia" e le seconde "servizio esecutivo di polizia".

I restanti *Länder* federali prevedono invece una differenziazione tra autorità di polizia e autorità di ordine pubblico<sup>38</sup>: in verità, la distinzione riguarda molto più gli

<sup>38</sup> Dal punto di vista terminologico la distinzione appare molto più significativa in lingua tedesca, mentre va parzialmente perduta passando alla traduzione italiana: pertanto, i termini tedeschi "*Polizeibehörden*" e "*Ordnungsbehörden*" vengono in questa sede tradotti rispettivamente con "autorità di polizia" ed "autorità di ordine pubblico" pur nella consapevolezza che in italiano le due espressioni possono essere utilizzate alternativamente con significati simili. Si prega di tenere conto di questa



strumenti di intervento a loro disposizione che non la natura dei loro compiti.

Tradizionalmente, la polizia combatte in modo diretto e non burocratico pericoli alla sicurezza in ambito locale, ed assume nel contempo le competenze previste nel § 163 *Strafprozeßordnung* (Codice di procedura penale – StPO). Le sue caratteristiche consistono in:

Servizio esterno;

Vicinanza al contesto concreto;

Velocità nella lotta contro pericoli per la sicurezza (“primo intervento”);

Informalità.

Le autorità di ordine pubblico operano invece in modo più prettamente burocratico-amministrativo, abitualmente da dietro una scrivania ed agendo contro pericoli alla sicurezza di cui non si percepisce immediatamente l'esistenza. Le loro caratteristiche sono:

Servizio interno;

Distanza dal contesto concreto;

Lotta contro pericoli alla sicurezza;

Formalità.

I criteri appena elencati rappresentano tuttavia solo delle tipizzazioni astratte, a volte più, a volte meno corrispondenti alla realtà: né il servizio interno della polizia, sempre più rilevante, né il sempre più frequente servizio esterno delle forze di ordine pubblico, ad es., rientrano nel modello citato. I criteri

discrepanza linguistica soprattutto nel leggere l'analisi dettagliata dei singoli sistemi di polizia adottati nei diversi *Länder* federali.



in questione servono in verità soprattutto a chiarificare una situazione già ben definita sul piano pratico: l'Ufficio per il Regolamento Edilizio, l'Anagrafe e l'Ispettorato del Lavoro sono autorità di ordine pubblico, la Polizia – spesso in uniforme – costituisce l'apparato esecutivo ed operativo del sistema<sup>39</sup>.

Questa distinzione tra autorità di polizia e di ordine pubblico esprime al meglio sul piano organizzativo la differenziazione descritta in precedenza, in quanto indica in via di principio il rapporto tra la gestione amministrativa di un determinato settore e la tutela della sicurezza pubblica nel medesimo ambito. Pertanto, non è un caso che i vari uffici pubblici di settore fungano anche da autorità di ordine pubblico negli stessi contesti: l'Ufficio per la Circolazione Stradale è al contempo anche un'autorità di ordine pubblico, così come l'Ufficio di Igiene e Sanità (lotta contro le malattie infettive), e, potenzialmente, il Mattatoio Pubblico (profilassi veterinaria). Tali enti non sono ad ogni modo mai solamente uffici di ordine pubblico. Che in questo modo non si siano risolti tutti i problemi organizzativi, tuttavia, si evince dal fatto che tali autorità di ordine pubblico sono comunque costrette a mantenere una collaborazione con le forze di polizia. Ciò si verifica già quando, in molti casi, esse vengono informate dei reati che sono chiamate a reprimere in primo luogo attraverso le denunce della polizia. Ma anche per l'attuazione dei loro provvedimenti le autorità di ordine pubblico sono per molti aspetti legate all'assistenza operativa delle forze di polizia<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> C. Gusy, op. cit., Rn. 56.

<sup>40</sup> Gusy, op. cit., Rn. 57.



## 2. L'organizzazione delle forze di polizia nei Länder

In tutti i Länder tedeschi la gestione delle forze di polizia rientra nelle competenze proprie degli enti territoriali sub-statali: i Länder sono dunque i titolari effettivi del potere di polizia. Le preesistenti polizie comunali sono state nel frattempo abolite: anche laddove è previsto l'intervento di apparati di polizia comunali o distrettuali<sup>41</sup>, essi agiscono non come espressione dei rispettivi enti locali di riferimento, ma sempre per conto del Land di appartenenza<sup>42</sup>.

Il generale servizio esecutivo di polizia (*Schutzpolizei*) opera come polizia in uniforme. La polizia criminale risulta in tutti i Länder composta dall'Ufficio Criminale del Land<sup>43</sup> e – nella maggior parte dei casi – da speciali uffici di polizia criminale all'interno della generale struttura organizzativa di polizia. La preesistente divisione tra i due rami è stata abolita, con l'obiettivo di rafforzarne la cooperazione. I reparti di addestramento (*Bereitschaftspolizei*) curano la preparazione degli ufficiali di pubblica sicurezza, distinguendosi dalle speciali unità di polizia per via del loro compito di mantenere apparati più consistenti pronti ad intervenire in casi particolari, come catastrofi, incidenti gravi o calamità di particolare severità<sup>44</sup>. La

<sup>41</sup> Ad es. § 3 I 2 NRWPOG.

<sup>42</sup> Sulle trasformazioni strutturali della disciplina giuridica ed amministrativa della polizia cfr. R. Pitschas (hrsg.), *Kriminalprävention und "neues Polizeirecht"*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

<sup>43</sup> Cfr. § 1 II Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (*Bundeskriminalamtgesetz – BKAG*), BGBl. I 1997, 1650.

<sup>44</sup> La disinvoltura con cui i Länder tendono ad utilizzare i reparti di addestramento per lo svolgimento delle tradizionali attività di polizia, ha



polizia della navigazione o delle acque (*Wasserschutzpolizei*) sovrintende in particolare alla circolazione sulle acque interne del *Land* di appartenenza<sup>45</sup>.

In alcuni *Länder* esistono inoltre delle strutture di polizia particolari, le riserve di polizia volontarie o servizio di polizia volontario<sup>46</sup>, o una speciale guardia di sicurezza (*Sicherheitswacht*)<sup>47</sup>: si tratta di apparati che affidano specifici compiti di polizia a cittadini postisi liberamente a disposizione per tali incarichi, la cui istituzione è possibile solo in forza di legge. Accanto ad essi, alcuni *Länder* prevedono anche la creazione di speciali funzionari ausiliari di polizia (*Hilfspolizeibeamte*), a cui vengono trasferiti poteri necessari all'esercizio delle specifiche funzioni loro attribuite, conformemente con la disciplina normativa vigente. Da questi ultimi vanno distinti quei funzionari ausiliari di polizia presenti in tutti i *Länder*, istituiti sulla base di una speciale disciplina legislativa federale, ai quali appartengono ad es. i "guardiacaccia certificati", i capitani ed i capitani di volo: i loro compiti e poteri non sono stabiliti in base a leggi regionali, ma solo secondo la disciplina federale che ne regola la posizione giuridica<sup>48</sup>.

25

recentemente suscitato qualche protesta da parte della Federazione, che finanzia in misura considerevole tali reparti e ne ha pertanto rivendicato l'impiego per le sole mansioni rientranti tra le competenze istituzionalmente stabilite a loro carico, cfr. H. Lissen/E. Denninger (hrsg.), op. cit., Rn. 154.

<sup>45</sup> Cfr. §§ 3 II, 2 2, 6 II NRWPOG.

<sup>46</sup> Cfr. BWG del 12/4/1985, GBl. 129; BerlG del 22/5/1999, GVBl. 165; HeG del 13/6/2000, GVBl. 294.

<sup>47</sup> Cfr. BayG del 28/4/1997, GVBl. 88; SG del 12/12/1997, 647.

<sup>48</sup> Gusy, op. cit., Rn. 61.



Per l'esercizio dell'azione penale la maggior parte dei funzionari di polizia sono nello stesso tempo anche funzionari ausiliari del Pubblico Ministero: tali "funzionari ausiliari" non rappresentano una particolare organizzazione o autorità; piuttosto, questa qualifica sta ad indicare solamente una particolare posizione giuridica di determinati quadri della polizia criminale o della pubblica sicurezza. Spetta a ciascun *Land* stabilire con proprio decreto quali tra i propri funzionari prestano supporto alla procura.

Tutt'altra funzione svolgono i Consigli di prevenzione della criminalità (*Kriminalpräventive Räte*), istituiti in numerosi Comuni con lo scopo di raccogliere in un unico ente rappresentanti delle forze di polizia e di altre autorità regionali e locali, nonché eventuali incaricati di associazioni private, per elaborare strategie innovative da opporre alla criminalità, raccordando competenze e prospettive differenti<sup>49</sup>. Non si tratta dunque di enti di pubblica sicurezza, ma di strutture che mirano a favorirne ed organizzarne la cooperazione, privi di poteri particolari quali lo scambio di dati personali tra i diversi soggetti coinvolti.

Dal momento che la criminalità non rispetta di certo i confini che separano i diversi *Länder*, anche le forze di pubblica sicurezza sub-statali necessitano di sviluppare azioni transfrontaliere interne: in proposito, il § 167 GVG<sup>50</sup> prevede

<sup>49</sup> V. sul tema F.-L. Knemeyer, *Innere Sicherheit in der Gemeinde*, Boorberg, Stuttgart, München et al., 1999.

<sup>50</sup> *Gerichtsverfassungsgesetz* – Legge di disciplina fondamentale del potere giudiziario, emanata il 9/5/1975 (BGBl. I, 1077), ultimamente modificata il 24/6/2005 (BGBl. I, 1841).



che i funzionari di polizia di un *Land* sono autorizzati a perseguire la caccia ad un evaso ed eventualmente ad arrestarlo anche sul territorio di un altro *Land*. Anche le leggi regionali prevedono di regola un intervento transfrontaliero di polizia:

- qualora un *Land* richieda l'aiuto di un altro *Land*, e la richiesta sia stata impropriamente rifiutata;
- in adempimento di obblighi costituzionali federali, legislativi o internazionali tra i *Länder* interessati;
- nei casi di scorta a trasporti transfrontalieri di detenuti;
- in azioni indirizzate ad eliminare un pericolo rilevante ed immediato, qualora l'autorità competente non riesca ad assumere in tempo utile i provvedimenti necessari;
- nell'esecuzione di procedimenti penali contro criminali colti sul fatto o evasi di recente, qualora il *Land* competente territorialmente non possa intervenire in tempo utile.

27

Le azioni condotte dai funzionari di polizia in un altro *Land* vengono qualificate giuridicamente come azioni proprie di quest'ultimo: si applica dunque il diritto vigente nel luogo in cui viene condotto l'intervento, sebbene i funzionari di pubblica sicurezza in azione siano anche obbligati a rispettare la disciplina del *Land* di appartenenza.

### *3.L'organizzazione delle autorità di pubblica sicurezza*

Le autorità di pubblica sicurezza – al pari della polizia – costituiscono materia di competenza dei *Länder*. Nei casi in cui i *Länder* – come il NRW – non prevedano un'amministrazione di polizia unitaria, l'attività amministrativa di pubblica sicurezza



viene svolta da autorità di pubblica sicurezza speciali ed ordinarie.

Per autorità speciali di pubblica sicurezza si intendono quelle autorità “alle quali siano state attribuite funzioni di sicurezza in settori specifici, o alle quali nella loro funzione di autorità speciali di pubblica sicurezza siano state attribuite ulteriori competenze”<sup>51</sup>. La loro organizzazione, le loro competenze ed i controlli sul loro operato trovano pertanto la propria disciplina non nel generale diritto di pubblica sicurezza, ma nelle speciali norme applicabili di volta in volta. La loro caratteristica materiale consiste nel fatto che esse in verità svolgono funzioni di altro genere, eseguendo in più anche compiti di sicurezza. Le autorità speciali di pubblica sicurezza sono ad es. gli ispettorati del lavoro, gli uffici per la circolazione stradale, gli uffici di igiene e sanità, a cui si aggiungono gli uffici minerari, gli uffici pesi e misure, gli uffici forestali, gli uffici per l’attività venatoria ed ittica, gli uffici portuali e gli ispettorati delle dighe, la cui configurazione come autorità speciali di pubblica sicurezza risale a tempi meno recenti<sup>52</sup>.

Diversamente, le autorità ordinarie di pubblica sicurezza sono enti che svolgono esclusivamente funzioni di pubblica sicurezza: esempi in tal senso sono gli uffici per i regolamenti

<sup>51</sup> § 12 I Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen (Legge sulle Autorità di Pubblica Sicurezza del Nordreno Westfalia – NRWOBG).

<sup>52</sup> Per una descrizione articolata degli enti in oggetto v. W. Sailer/M. Kniesel, *Gefahrenabwehr durch Ordnungsverwaltung*, in: H. Liskén/E. Denninger, op. cit., 135-199, D Rn. 1 ss. Non tutti i *Länder* attribuiscono agli uffici indicati la funzione di autorità speciali di pubblica sicurezza: per una analisi dettagliata in proposito v. *infra*, cap. VI.





edilizi – per i pericoli connessi alle attività di costruzione -, gli uffici stranieri, quelli competenti per il rilascio dei documenti d'identità, dei passaporti e per i dati anagrafici. Tali enti operano – nella misura in cui esse sono applicabili – secondo le rispettive discipline speciali regionali; ove queste non siano utilizzabili, si rifanno al generale diritto di pubblica sicurezza.

Sul piano materiale, la competenza spetta alle autorità di pubblica sicurezza locali. Le autorità gerarchicamente superiori dispongono di poteri di intervento propri solo ove questi siano espressamente previsti sul piano normativo. Tuttavia, ad esse è riconosciuto un diritto di fornire direttive ed effettuare controlli nei confronti degli apparati sotto-ordinati nettamente distinto da quello spettante alle autorità di polizia.

#### **VI. Disciplina ed organizzazione delle forze di polizia negli ordinamenti dei sedici *Länder* tedeschi**

##### *1. Baden-Württemberg*

Secondo il § 58 della Legge sulla Polizia del Baden Württemberg (*Baden-Württembergisches Polizeigesetz - bwPolG*), le forze di polizia comprendono “1. le autorità di polizia”, nonché “2. i servizi di pubblica sicurezza ed i suoi funzionari (funzionari di polizia – *Polizeibeamte*). La legge di polizia del *Land* disciplina la generale funzione di protezione da pericoli e minacce. In base al § 61 bwPolG, le autorità di polizia possono essere di carattere generale o speciale: tra le prime rientrano gli apparati dell'amministrazione generale interna, che nel momento in cui esercitano la funzione di protezione da pericoli e minacce vengono ufficialmente considerati appunto come “autorità di polizia in senso tradizionale”. In via generale, sia le funzioni e le potestà delle autorità di polizia che quelle dei



servizi di pubblica sicurezza fanno capo ad un'unica disciplina: solamente attraverso il § 60 bwPolG ed ulteriori norme speciali è stata introdotta una separazione di competenze, che comporta necessariamente una distinzione tra le due categorie di uffici di *Intelligence* e, in qualche misura, ad una divisione tra i due apparati malgrado la struttura tendenzialmente unitaria del sistema<sup>53</sup>.

Per quanto riguarda la protezione contro pericoli sottoposti a discipline particolari, vanno distinte le competenze accordate alle autorità amministrative generali (§ 61 I bwPolG) da quelle spettanti alle forze speciali di polizia (§ 61 II bwPolG): fino a quando, attraverso leggi speciali, alle autorità amministrative tradizionali vengono attribuiti poteri di tutela contro pericoli e minacce, come nel caso delle autorità competenti per le attività edilizie (§ 46 I *Landebauordnung für Baden Württemberg* - bwLBO), per la gestione delle acque (§ 95 II *Wassergesetz für Baden Württemberg* - bwWG) o dei rifiuti (§ 28 II *Landesabfallgesetz für Baden Württemberg* - bwLABfG), nei casi in cui esse intervengono contro pericoli concreti, dal punto di vista funzionale vanno considerate come autorità di polizia in senso proprio<sup>54</sup>.

Dal punto di vista organizzativo, sono da considerarsi autorità di polizia speciali quegli apparati di protezione che hanno acquisito una loro autonomia, in particolare gli

<sup>53</sup> T. Würtenberger, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, Heidelberg, Müller, 1994<sup>2</sup>, Rn. 118.

<sup>54</sup> T. Würtenberger, op. cit., Rn. 134. Di opinione diversa H. Wolf/U. Stephan, *Polizeigesetz für Baden-Württemberg*, Boorberg, Stuttgart, München, 1999<sup>5</sup>, § 61 Rn. 8 ss.



ispettorati del lavoro, gli uffici per pesi e misure, gli uffici di tutela del patrimonio forestale e di quello montano, gli uffici veterinari e quelli di igiene e sanità. Dalle autorità di polizia speciali vanno distinte le forze speciali di protezione (nel senso inteso dal § 2 I bwPolG), quali i vigili del fuoco ed il servizio di protezione civile, prive dei poteri previsti dalle norme di polizia: nei casi in cui esse siano per qualche motivo impedito nella loro attività quotidiana, spetta alla polizia sostituirsi a loro grazie ad un potere di intervento rapido<sup>55</sup>.

## 2. Baviera

Secondo l'art. 1 della Legge sulle Competenze della Polizia della Baviera (*Bayerisches Polizeiaufgabengesetz* - bayPAG) si intendono per polizia "le forze di polizia in servizio effettivo", a cui ad ogni modo in base all'art. 1 I della Legge sull'Organizzazione della Polizia della Baviera (*Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz* - bayPOG) appartengono anche i funzionari amministrativi di polizia. Le competenze e le potestà delle autorità di sicurezza in materia di protezione contro pericoli e minacce sono invece regolate negli artt. 6-11 della Legge sul diritto penale e sul potere regolamentare in materia di ordine e sicurezza della Baviera (*Bayerisches Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* - bayLStVG). Il diritto di polizia in senso proprio in Baviera viene disciplinato nella Legge sui poteri di polizia (*Polizeiaufgabengesetz*) e nella Legge sull'organizzazione delle forze di polizia (*Polizeiorganisationsgesetz*): la prima indica poteri e competenze

<sup>55</sup> T. Würtenberger, op. cit., Rn. 194 ss.



delle forze di polizia, mentre la seconda stabilisce l'assetto organizzativo della polizia e le relative competenze materiali, territoriali e procedurali. La legge bavarese sulla polizia comunale consente ai Comuni di istituire un proprio servizio di pubblica sicurezza con competenze molto limitate: un potere di cui finora nessun ente comunale bavarese ha mai fatto uso<sup>56</sup>. Le competenze e le funzioni attribuite alle "autorità di polizia" attraverso norme della Federazione o del *Land* vengono ripartite tra forze di polizia ed apparati amministrativi interni in primo luogo secondo un regolamento speciale emanato in base all'art. 77 I bayPAG.

La disciplina dell'ordine pubblico in Baviera prende il nome di "Diritto della Sicurezza". Il diritto della sicurezza generale è disciplinato da una apposita Legge regionale bavarese, il *Landesstraß- und Verordnungsgesetz*. Il diritto della sicurezza speciale è invece costituito dalle specifiche leggi di protezione contro pericoli e minacce emanate dal legislatore federale e da quello del *Land*: a queste appartengono anche le singole sezioni della III parte della citata legge regionale bavarese, riguardanti ad es. la "tutela della salute e dell'igiene", le "attività di intrattenimento e tempo libero", la "tutela del patrimonio agricolo e rurale". In mancanza di una esplicita attribuzione di tale competenza ad appositi uffici, come ad es. l'ispettorato edile, l'esecuzione del diritto della sicurezza speciale spetta alle autorità di sicurezza indicate nell'art. 6 bayLStVG (Comuni, uffici distrettuali, organismi esecutivi sub-regionali e Ministero degli Interni del *Land*).

<sup>56</sup> B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, op. cit., 48.



### 3. Berlino

La Legge Generale berlinese per la Sicurezza e l'Ordine Pubblico (*Berliner Allgemeine Sicherheits- und Ordnungsgesetz - berlASOG*) disciplina quasi l'intero diritto generale di protezione contro pericoli e minacce, intendendo con ciò non solo le funzioni ed i poteri, ma anche l'organizzazione e le competenze sia sul piano locale che in ambito generale. Solo il potere di utilizzo di mezzi coercitivi di polizia ed autorità di ordine pubblico riceve una disciplina specifica nell'ordinamento della capitale federale tedesca. Sul piano organizzativo, si distinguono le autorità di ordine pubblico (§ 2 berlASOG) e di polizia (§ 5 berlASOG). Le autorità di ordine pubblico di carattere generale sono le amministrazioni del Senato<sup>57</sup> e gli uffici distrettuali; inoltre, per particolari compiti di pubblica sicurezza sono previsti degli enti speciali. La competenza delle autorità di ordine pubblico sono stabilite nel dettaglio dal § 2 IV 1 berlASOG, attraverso un "catalogo di competenze per le funzioni di ordine pubblico", e ripartite tra dicasteri del Governo del *Land*, uffici distrettuali ed enti speciali. Le forze di polizia sono composte dal Presidente e dai suoi funzionari esecutivi.

La tutela contro pericoli regolati con disciplina speciale è regolata secondo il citato "catalogo di competenze per le funzioni di ordine pubblico": essa viene eseguita in parte attraverso gli uffici generali di ordine pubblico, in parte attraverso enti speciali. Tra questi si annoverano ad es. i vigili del fuoco (cfr. § berlASOG), l'Ufficio del *Land* per la salute e gli

<sup>57</sup> L'organo esecutivo della città.



affari sociali, l'Ufficio minerario e l'Ufficio anagrafico del *Land*. Alle funzioni di ordine pubblico del Presidente del servizio di polizia appartengono in particolare lo svolgimento delle riunioni, la circolazione stradale e la gestione di armi ed esplosivi: per queste ragioni, all'interno dell'amministrazione berlinese esso viene classificato come "autorità speciale".

#### 4. Brandeburgo

Avendo recepito parte della disciplina della materia prevista nel *Land* Nordreno-Westfalia<sup>58</sup>, in Brandeburgo sono state emanate apposite norme legislative per l'adempimento delle funzioni di protezione da pericoli e minacce sia per la polizia che per gli uffici di gestione dell'ordine pubblico: la Legge di polizia (*Polizeigesetz*) e la Legge di organizzazione delle forze di polizia (*Polizeiorganisationsgesetz*) da un lato, e la Legge per le autorità di ordine pubblico (*Ordnungsbehördengesetz*) dall'altro. Queste tre leggi contengono il diritto generale di protezione contro pericoli e minacce: la prima disciplina le funzioni ed i poteri di polizia, la seconda l'organizzazione delle autorità e delle strutture di pubblica sicurezza, nonché la loro competenza materiale e locale, e la terza le funzioni, i poteri e l'organizzazione delle autorità di ordine pubblico.

Nell'ambito della protezione contro pericoli disciplinati con norme speciali vanno distinte le autorità generali di ordine pubblico (§ 3 I *Ordnungsbehördengesetz Brandenburg* - bbgOBG) e le autorità di ordine pubblico speciali (§11 bbgOBG): a queste ultime appartengono le autorità alle quali sono state trasferite per legge o per decreto competenze di sicurezza in ambiti

<sup>58</sup> V. *infra*, par. VI.10.



particolari. Come in Nordreno-Vestfalia, alcune competenze in materia di sicurezza vengono attribuite alle forze di polizia che, in questi speciali contesti, vengono classificate come autorità speciali di ordine pubblico.

#### 5. Brema

Nel § 2 I della Legge sulla Polizia di Brema (*Bremisches Polizeigesetz* - bremPolG) le forze di polizia vengono definite come “le autorità amministrative, nei casi in cui siano state attribuite loro funzioni di sicurezza (autorità di polizia), nonché autorità, servizi e funzionari di polizia esecutiva (*Polizeivollzugsdienst*) e funzionari di polizia ausiliari”. Secondo i §§ 65 I e 66 I bremPolG, le autorità di polizia si distinguono in enti di polizia generali e speciali. La Legge di Polizia (*Polizeigesetz*) bremana disciplina il diritto di sicurezza generale, sia a livello locale che centrale. Per enti di polizia generali, secondo il § 65 I bremPolG, devono intendersi le autorità dell’amministrazione generale interna. Nei casi in cui queste ricevono competenze di sicurezza, si dice che operano in veste di autorità generali di polizia. Funzioni e poteri delle autorità di polizia e del servizio esecutivo di polizia vengono disciplinati congiuntamente, e solo con il § 64 I bremPolG viene condotta una separazione delle rispettive competenze. Detta separazione viene mantenuta attraverso il § 64 II, III bremPolG anche nei casi in cui le autorità di polizia sono classificate come uffici del servizio esecutivo di polizia, e dove ad esse vengono delegate delle competenze in via esclusiva, così che nonostante la struttura formalmente unitaria del sistema di polizia bremano, permane una qualche forma di divisione dei due apparati.



Nell'ambito della protezione contro pericoli di carattere particolare, deve essere distinta la delega alle autorità generali di polizia (§ 65 I BremPolG) da quella prevista a favore delle autorità speciali di polizia, alle quali appartengono tutti i rimanenti uffici speciali del *Land*, nei casi in cui sono stati attribuiti loro compiti di sicurezza.

#### 6. Amburgo

La Legge amburghese di Tutela della Sicurezza e dell'Ordine Pubblico disciplina la maggior parte del diritto generale della sicurezza, sia in ambito locale che centrale. Solamente i poteri delle forze esecutive di polizia sono disciplinati in una apposita Legge sull'Elaborazione dei Dati di Polizia, mentre l'organizzazione e le competenze non sono regolate in modo particolarmente dettagliato. L'organizzazione delle autorità amministrative è orientata secondo le disposizioni generali della Legge sulle Autorità Amministrative e l'Amministrazione Distrettuale valide per il settore amministrativo. Le forze esecutive di polizia sono costituite in base ad un decreto relativo ai funzionari appartenenti al servizio esecutivo di polizia, ed organizzate come reparto a se stante secondo le disposizioni organizzative delle autorità del Ministero degli Interni del *Land*. Sono subordinati al Presidente delle forze di pubblica sicurezza la scuola di polizia regionale e l'ispettorato di polizia del *Land*, a cui a loro volta sottostanno quattro direzioni di polizia, il servizio di pronto intervento e l'ufficio criminale del *Land*<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> W. Hoffmann-Riem, *Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht*, Metzner, Frankfurt a.M., 1988, 150.





Per la protezione da pericoli particolari il § 3 I della Legge sull'Ordine e la Sicurezza di Amburgo (*Sicherheits- und Ordnungsgesetz Hamburg - hambSOG*) fa solamente riferimento al rispettivo ambito delle autorità amministrative individuato dal Senato<sup>60</sup> attraverso decreti emanati in esercizio del proprio potere di organizzazione dell'assetto costituzionale del *Land*. E' in base a questa disciplina che vengono ripartite le potestà relative all'ordine pubblico tra l'amministrazione distrettuale ed i vari enti competenti per materia. A questi appartiene anche l'ufficio per gli affari interni, che ad es. è responsabile per la circolazione stradale, lo svolgimento di riunioni e la gestione di associazioni<sup>61</sup>.

#### 7. Assia

Il diritto di sicurezza generale è disciplinato in un'unica disposizione, la Legge assiana sulla Sicurezza e l'Ordine Pubblico (*Hessisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz - hessSOG*), valida sia per le autorità di sicurezza che per quelle di polizia. In base al § 91 hessSOG le autorità di polizia, congiuntamente alle rispettive strutture, costituiscono i servizi di polizia, per conto dei quali, secondo i §§ 101 ss. hessSOG, operano i funzionari esecutivi di polizia. I §§ 1 I e 82 ss. hessSOG prevedono inoltre una ulteriore suddivisione delle autorità di sicurezza in autorità amministrative ed autorità di ordine pubblico. Un elemento particolare nella disciplina dell'Assia è costituito dal fatto che, mentre in altri *Länder* è la polizia ad operare in posizione di sussidiarietà rispetto alle autorità di

<sup>60</sup> L'organo esecutivo dell'assetto istituzionale amburghese.

<sup>61</sup> W. Hoffmann-Riem, op. cit., 151.



ordine pubblico, in questo caso sono le autorità di polizia ed ordine pubblico ad operare in posizione di sussidiarietà rispetto alle autorità amministrative. Dal momento che la potestà di intervento rapido spetta in pari misura alle autorità di polizia ed a quelle di ordine pubblico, vige tra queste il principio di “primo intervento”, ovvero che quell’autorità che per prima viene chiamata a confrontarsi con la specifica minaccia alla sicurezza pubblica è tenuta ad intraprendere le misure richieste dalla situazione contingente<sup>62</sup>. La divisione tra autorità di polizia e di ordine pubblico, netta e precisa in via teorica, va in realtà spesso perduta sul piano pratico, dal momento che le diverse competenze vengono attribuite al medesimo organo. Ad es., il Presidente di Distretto (*Landrat*) viene considerato in primo luogo come appartenente all’apparato amministrativo, secondariamente come autorità di ordine pubblico, ed infine come autorità di polizia di grado inferiore<sup>63</sup>.

38

La protezione contro pericoli particolari è stata affidata da un lato ai servizi di ordine pubblico generali (enti amministrativi inferiori come autorità di ordine pubblico regionali, distrettuali, circoscrizionali e locali), soprattutto attraverso il decreto di attribuzione di determinate funzioni, emanato in base a quanto disposto nel § 89 I 1 hessSOG: ad esse appartengono tra l’altro l’emissione di passaporti e carte d’identità, la gestione dell’ufficio stranieri, la circolazione stradale, la gestione di riunioni, armi ed esplosivi, nonché la

<sup>62</sup> E. Denninger, *Polizeirecht*, in: H. Meyer/M. Stolleis (hrsg.), *Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht*, Metzner, Frankfurt a.M. 2000<sup>5</sup>, 357.

<sup>63</sup> E. Denninger, *op. ult. cit.*, 353 s.



lotta alla prostituzione illegale<sup>64</sup>. Dall'altro, esistono delle autorità speciali di ordine pubblico, alle quali "in veste di autorità esterne all'amministrazione generale sono attribuiti compiti di sicurezza per mezzo di speciali disposizioni normative" (così il § 90 I hessSOG): ad esse appartengono gli ispettorati del lavoro, gli uffici minerari e quelli competenti per pesi e misure<sup>65</sup>.

#### 8. Meckleburgo-Pomerania occidentale

Influenzato dalla disciplina in vigore in Schleswig-Holstein<sup>66</sup>, la Legge del Meckleburgo-Pomerania occidentale per la Sicurezza e l'Ordine Pubblico (*Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern - mvSOG*) regola l'intero diritto generale di sicurezza, sia a livello locale che centrale. Il § 2 I della norma in questione distingue le autorità di ordine pubblico da quelle di polizia. La polizia è composta, in base a quanto disposto dal § 3 II mvSOG, dalle forze esecutive di polizia e dalle autorità di polizia del *Land*.

Nell'ambito del diritto di sicurezza speciale vengono distinte le autorità di ordine pubblico del *Land*, di circoscrizione, locali e particolari (autorità regionali alle cui mansioni è stata aggiunta attraverso norme speciali quella di tutela della sicurezza pubblica). Tra le autorità di ordine pubblico particolari si

<sup>64</sup> In Germania la prostituzione è in via di principio consentita, se effettuata in apposite strutture e condotta in conformità con le norme previste in materia.

<sup>65</sup> E. Denninger, op. ult. cit., 354.

<sup>66</sup> V. *infra*, par. VI.15.



annoverano ad es. gli ispettorati del lavoro e quelle per la gestione dei rifiuti<sup>67</sup>.

#### 9. Bassa Sassonia

La Legge della Bassa Sassonia sulla Sicurezza e l'Ordine Pubblico (*Sicherheits- und Ordnungsgesetz Niedersachsen* - ndsSOG) disciplina l'intero diritto generale di sicurezza, anche in questo caso sia in ambito locale che centrale. Sul piano organizzativo, le autorità amministrative (secondo i §§ 96 s. ndsSOG) i Comuni, le circoscrizioni e gli organi esecutivi distrettuali) vengono distinte dalle autorità di polizia (§§ 87 ss. ndsSOG). La ripartizione di competenze tra le autorità amministrative prevede *ex* § 101 II ndsSOG in via di principio una attribuzione di competenza a favore dei Comuni, la quale può essere limitata a settori di sicurezza specifici solo attraverso un apposito decreto emanato in osservanza del § 3 ndsSOG. La definizione di "polizia" comprende secondo il § 2 V ndsSOG le autorità di polizia, nonché i funzionari di polizia che agiscono per suo conto ed i funzionari di polizia ausiliari.

40

La protezione contro pericoli particolari viene effettuata in via di principio attraverso autorità amministrative particolari, in base al § 97 ndsSOG definite come "apparati che non rientrano tra le autorità amministrative tradizionali". Ad esse appartengono ad es. l'ufficio minerario superiore, gli uffici minerari locali, l'ufficio amministrativo del *Land* (competente per pesi e misure), gli ispettorati del lavoro e gli uffici

<sup>67</sup> V. Heyen, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, in: G. Manssen/H.-J. Schütz (hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht für Mecklenburg-Vorpommern*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 217-275 (226).



forestali<sup>68</sup>. Attraverso il § 5 I del Decreto per le Competenze della Bassa Sassonia (*Verordnung für Zuständigkeiten Niedersachsen – ndsZustVO*), agli uffici direttivi di polizia di Hannover e Braunschweig sono state attribuite le funzioni di sicurezza in materia di gestione delle riunioni e di circolazione stradale.

#### *10. Nordreno-Vestfalia*

Come già descritto nel caso del Brandeburgo<sup>69</sup>, per la polizia e la gestione dell'ordine pubblico sono state emanate specifiche discipline legislative riguardanti l'adempimento della tutela della sicurezza pubblica: da un lato la Legge di Polizia e la Legge di Organizzazione della Polizia del Nordreno-Vestfalia, dall'altro la Legge sulle Autorità di Ordine Pubblico del Nordreno-Vestfalia, le prime relative alla tutela della sicurezza a livello locale, l'ultima competente per la disciplina a livello centrale. Insieme, le tre leggi costituiscono il diritto di sicurezza generale: la prima contiene le funzioni ed i poteri della polizia, la seconda l'organizzazione delle autorità di polizia e le loro competenze materiali e territoriali, la terza le funzioni, i poteri e l'organizzazione delle autorità di ordine pubblico.

La protezione contro pericoli particolari avviene come segue: alle autorità di ordine pubblico generali, in base al § 3 I *Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen* (nwOBG), che dal punto di vista organizzativo si ritiene svolgano le funzioni proprie dell'amministrazione generale interna, vengono attribuite in particolare le seguenti competenze: regolamento

<sup>68</sup> J. Ipsen, *Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht*, Boorberg, Stuttgart 2004<sup>3</sup>, Rn. 584.

<sup>69</sup> V. *supra*, par. VI.4.



edilizio, ufficio stranieri, emanazione di passaporti e carte d'identità, ufficio di stato civile. Le autorità di ordine pubblico generali sono organizzate in specifici uffici, dipartimenti o servizi in corrispondenza con le diverse competenze relative alla tutela della sicurezza (ad es. ispettorato edile, ufficio stranieri, controllo della ristorazione o della circolazione stradale).

Per autorità di ordine pubblico speciali si intendono generalmente apparati regionali autonomi sul piano organizzativo, estranei alle strutture dell'amministrazione generale interna, ai quali attraverso norme federali o regionali siano state attribuite funzioni speciali nell'ambito della sicurezza<sup>70</sup>. I §§ 12 I, 3 I 2 nwOBG, tuttavia, non utilizzano questa stessa definizione, ma ricorrono alla semplice espressione "autorità speciali di ordine pubblico"; il legislatore non ha creato degli apparati appositi per le funzioni relative a settori particolari, ma ha trasferito tali funzioni alle autorità di ordine pubblico generali considerate come "autorità di ordine pubblico particolari"<sup>71</sup>.

42

Alle forze di polizia sono attribuite in qualità di autorità speciali di ordine pubblico le funzioni di controllo della circolazione stradale, la gestione delle riunioni, delle armi e delle munizioni.

<sup>70</sup> Cfr. V. Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2001<sup>13</sup>, Rn. 571; K. Habermehl, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1993<sup>2</sup>, Rn. 39.

<sup>71</sup> Cfr. §§ 8 II nwLandschaftsG, 35 nwAbfG, 138 I nwWasserG



### *11. Renania-palatinato*

La Legge sulle Autorità di Polizia ed Ordine Pubblico della Renania-Palatinato (*Polizei- und Ordnungsgesetz Rheinland-Pfalz - rpPOG*) disciplina l'intero diritto generale della sicurezza, sia per quanto riguarda l'organizzazione locale che quella centrale. Sul piano logistico, le autorità di ordine pubblico generale (distrettuali, circoscrizionali e locali) vengono distinte dalle forze di polizia secondo i §§ 88 I, 89 rpPOG. La ripartizione delle competenze tra le autorità di ordine pubblico generale è stabilita nel dettaglio dal Decreto sulle Competenze delle Autorità Generali di Ordine Pubblico. Vengono considerate autorità di polizia ai sensi del § 76 II rpPOG i presidi di polizia, l'Ufficio Criminale del *Land* e l'ufficio di polizia fluviale; al loro servizio operano i funzionari esecutivi di polizia, secondo quanto disposto dai §§ 85 ss. rpPOG.

43

Per la protezione da pericoli particolari vanno distinte le autorità di ordine pubblico generali da quelle speciali: secondo il § 88 II rpPOG, tra queste ultime rientrano tutte le autorità di ordine pubblico non comprese nella prima categoria, che sono ad ogni modo le autorità regionali autonome sul piano organizzativo estranee agli apparati amministrativi generali interni, a cui sono state attribuite competenze in materia di tutela della sicurezza quali gli uffici pesi e misure, gli uffici minerari e quelli sanitari. Secondo il contenuto testuale delle norme citate, ad ogni modo, è possibile considerare come autorità di ordine pubblico speciali anche enti appartenenti all'amministrazione generale interna, come gli uffici per la circolazione stradale, gli ispettorati per le attività edilizie ed



ittiche<sup>72</sup>. Attraverso il § 5 rpPOG è affidata ai servizi di polizia – comunque con l’autorizzazione a delegare tale funzione alle autorità di ordine pubblico locali – la tutela della sicurezza relativa alla circolazione stradale.

#### 12. Saar

Il § 1 I della Legge sulla Polizia della Saar (*Saarländisches Polizeigesetz* - saarlPolG) stabilisce che per Polizia si intendono “le autorità amministrative e gli apparati esecutivi di polizia”. Le autorità amministrative di polizia si dividono secondo il § 75 I saarlPolG in autorità amministrative generali di polizia e autorità di polizia speciali; le forze esecutive di polizia comprendono secondo il § 82 I saarlPolG le autorità esecutive di polizia e le relative strutture logistiche; i funzionari esecutivi di polizia agiscono per conto di entrambi, in base ai §§ 86 ss. SaarlPolG. La Legge di Polizia sarrese regola il diritto generale di sicurezza, ancora una volta tanto a livello locale che centrale. Secondo il § 76 saarlPolG, le autorità amministrative centrali di polizia sono le autorità dell’amministrazione generale interna. Nei casi in cui queste assumono la funzione di tutela della sicurezza, si dice che operano in veste di autorità amministrative centrali di polizia. Le funzioni ed i poteri vengono disciplinati congiuntamente per le autorità amministrative di polizia ed il servizio esecutivo di pubblica sicurezza. Solo con il § 85 II 1 saarlPolG le competenze vengono limitate in modo tale che malgrado l’esistenza di un sistema unitario, sussiste una cetra divisione tra i due apparati. Questa

<sup>72</sup> T. Jochum/D. G. Rühle, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1996, C Rn.12.





si evince inoltre anche dal fatto che, in base al § 79 I saarlPolG, le autorità amministrative di polizia attuano le misure che l'esercizio delle funzioni loro attribuite rende necessarie per mezzo di personale proprio.

La protezione contro pericoli particolari viene attuata attraverso le autorità amministrative generali e le autorità speciali di polizia. Queste ultime sono, stando al § 75 III saarlPolG, "autorità esterne alle strutture amministrative interne di polizia, a cui sono state attribuite speciali funzioni di pubblica sicurezza; la loro organizzazione e le loro competenze rimangono comunque invariate". Le autorità di polizia speciali sono ad es. gli uffici minerari, l'ufficio pesi e misure, l'ufficio sanitario, il servizio di controllo delle attività professionali e gli uffici veterinari, nonché gli uffici per le attività venatorie ed ittiche, forestali e portuali<sup>73</sup>.

45

### 13. Sassonia

Sull'esempio del Baden-Württemberg<sup>74</sup>, secondo il § 59 della Legge sulla Polizia del Libero Stato della Sassonia (*Polizeigesetz des Freistaates Sachsen* - sächsPolG) le forze di polizia comprendono "1. le autorità di polizia, e 2. gli apparati esecutivi di polizia con il proprio personale"; secondo il §64 sächsPolG le autorità di polizia possono avere carattere generale o speciale. La Legge di Polizia sassone disciplina l'intero diritto generale della sicurezza, sia a livello locale che centrale. Per autorità generali di polizia vanno intese le autorità dell'amministrazione generale interna: quando queste svolgono

<sup>73</sup> H. Mandelartz et al., *Polizeigesetz Saarland*, Deutsche Polizeiliteratur, Hilden, 2002, § 75 Rn. 9.

<sup>74</sup> V. *supra*, par. VI.1.



funzioni di sicurezza, si intende che sul piano funzionale agiscono come autorità di polizia. Poteri e competenze di autorità di polizia ed strutture esecutive di sicurezza ricevono una disciplina congiunta; solo attraverso il § 60 sächsPolG ed altre norme specifiche è stata operata una distinzione tra le sfere di competenza dei due apparati, così che oggi, malgrado l'assetto essenzialmente unitario del sistema, sussiste una certa divisione tra i due ambiti in questione.

Riguardo alla protezione contro pericoli particolari è previsto, come in Baden-Württemberg, il trasferimento di competenze a favore delle autorità di polizia sia generali che speciali (§ 64 I, III sächsPolG).

nei casi in cui ad opera di leggi speciali vengano trasferite funzioni di tutela della sicurezza ad autorità amministrative, quali gli enti di controllo delle attività edilizie, di protezione contro catastrofi o di controllo della circolazione stradale, nei loro interventi contro casi di pericoli concreti esse operano come autorità di polizia generali;

le autorità di polizia speciali sono apparati di sicurezza autonomi sul piano organizzativo, in particolare gli uffici per le attività minerarie, quelli forestali, quelli competenti per pesi e misure e gli ispettorati del lavoro. Dalle autorità di polizia speciali vanno distinte delle particolari strutture di sicurezza, come i vigili del fuoco, gli uffici per le attività giovanili ed il servizio di protezione civile: esse non dispongono dei poteri di polizia, e nel caso in cui non possano intervenire, spetta alle forze di polizia il potere di agire d'urgenza.



#### 14. Sassonia-Anhalt

Sull'esempio della Bassa Sassonia<sup>75</sup>, la Legge della Sassonia-Anhalt disciplina l'intero diritto generale della sicurezza, tanto a livello locale che centrale. Dal punto di vista organizzativo, vengono distinte le autorità di sicurezza *ex* §§ 84 ss. della Legge Sulla Sicurezza e l'Ordine Pubblico del Sachsen-Anhalt (*Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt* - saSOG), ovvero comunità amministrative, Comuni, circoscrizioni, presidi governativi, quali autorità amministrative sia generali che speciali, dalle autorità di polizia, disciplinate dai §§ 76 ss. saSOG. La ripartizione di poteri tra le autorità di sicurezza generali viene effettuata in modo tale da prevedere a favore delle comunità amministrative (*Verwaltungsgemeinschaften*) e dei Comuni una competenza che il § 89 III saSOG ed i decreti emanati in esecuzione di tale disposizione limitano ad ambiti di sicurezza ben precisi. La definizione di "polizia" comprende *ex* § 3 IX saSOG le autorità di polizia ed i funzionari di polizia ufficiali ed ausiliari che operano per suo conto.

47

La protezione contro pericoli speciali avviene in primo luogo attraverso autorità di sicurezza particolari, che in base al § 85 saSOG sono definite come "autorità non appartenenti alle strutture di sicurezza generali ed alle quali attraverso norme giuridiche sono state attribuite precise funzioni di sicurezza". Ad esse appartengono ad es. gli ispettorati del lavoro e gli uffici forestali, ma non gli ispettorati edili, le autorità di controllo delle acque, delle attività venatorie e di gestione dei rifiuti, alle

<sup>75</sup> V. *supra*, par. VI.9.



quali pure sono state affidate mansioni di sicurezza, ma che rientrano nella categoria delle autorità di sicurezza generali<sup>76</sup>. Secondo il § 1 I e 14 del Decreto per le competenze della Sassonia-Anhalt (*Zuständigkeitsverordnung für Sachsen Anhalt – saZustVO*), agli uffici direttivi di polizia di Halle e Magdeburgo sono attribuite competenze di sicurezza in materia di gestione delle riunioni e di controllo della circolazione stradale.

#### *15. Schleswig-Holstein*

Unico sul piano tecnico-legislativo è l'inserimento del diritto di sicurezza generale nella Legge sull'Amministrazione del *Land* dello Schleswig-Holstein come sezione III, intitolata "Pubblica Sicurezza", all'interno della 2.a parte, dedicata alle "attività amministrative". Gli aspetti esecutivi della materia sono invece disciplinati nella sezione IV della 2.a parte della stessa legge, mentre quelli organizzativi nella Legge sull'Organizzazione delle Forze di Polizia dello Schleswig-Holstein. La gestione della sicurezza a livello generale viene gestita dalle forze di pubblica sicurezza ex § 164 I della Legge per l'Amministrazione Generale dello Schleswig-Holstein (*Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein - shLVwG*), mentre per l'ambito locale sono competenti le forze di polizia: queste ultime vengono definite nel § 164 II shLVwG come "le autorità di polizia istituite in conformità con il diritto del *Land*", per conto delle quali, secondo i §§ 169 ss. shLVwG, operano i funzionari esecutivi di polizia.

<sup>76</sup> K. Meixner/J.-M. Martell, *Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung Sachsen-Anhalt*, Boorberg, Stuttgart-München, 2001, § 85 Rn. 4.



Secondo il § 164 I shLVwG, la protezione contro pericoli particolari viene assicurata attraverso forze di sicurezza generali (autorità di sicurezza regionali, circoscrizionali, locali) e speciali (autorità regionali, le cui funzioni sono stabilite attraverso provvedimenti normativi particolari): a queste ultime appartengono gli uffici pesi e misure, quelli di tutela del patrimonio forestale, gli ispettorati del lavoro, l'ufficio risorse ittiche, quello minerario, e quello per la tutela del patrimonio arboreo e boschivo<sup>77</sup>.

#### 16. Turingia

Sia per l'attività di polizia che per quella di gestione della sicurezza pubblica sono stati emanati appositi provvedimenti normativi: la Legge sulle Funzioni di Polizia e la Legge sull'Organizzazione della Polizia per la tutela della sicurezza a livello locale, e la Legge sulle Autorità di Pubblica Sicurezza per la sicurezza a livello generale. Le tre leggi costituiscono il diritto generale della sicurezza: la prima indica soprattutto le funzioni ed i poteri di polizia, la seconda ne descrive organizzazione e competenze, e la terza stabilisce le funzioni, i poteri e l'organizzazione delle forze di pubblica sicurezza. La polizia, secondo il § 1 della Legge sulle Funzioni e le Competenze della Polizia della Turingia (*Thüringens Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei* - thürPAG), viene definita come l'insieme "[del]le strutture di polizia operanti come apparato di carattere esecutivo".

<sup>77</sup> D. Schipper et al. (hrsg.), *Polizei- und Ordnungsrecht in Schleswig-Holstein*, Boorberg, Stuttgart, München, 2002, Rn. 55.



La protezione contro pericoli di carattere particolare viene assicurata dalle autorità di pubblica sicurezza. Queste, secondo il § 1 I della Legge sulle Funzioni e le Competenze degli Enti per la Sicurezza Pubblica (*Thüringes Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden - thürOBG*), sono i Comuni e le comunità amministrative (*Verwaltungsgemeinschaften*) del distretto interessato, i *Landräte*<sup>78</sup> come autorità amministrative statali di livello inferiore per le disposizioni straordinarie e le autorità di distretto per i decreti relativi alla pubblica sicurezza, l'ufficio amministrativo regionale ed il Ministero degli Interni del *Land*. Le autorità di pubblica sicurezza sono fondamentalmente competenti per tutti i settori del diritto di sicurezza speciale. Sebbene non siano disciplinate nel thürOBG, le forze di pubblica sicurezza speciali svolgono funzioni di tutela della sicurezza sulla base di norme specifiche (ad es. uffici sanitari, uffici di tutela del lavoro, uffici per la protezione del patrimonio forestale, uffici minerari, etc.)<sup>79</sup>.

50

### Conclusioni

Come si evince dalle pagine precedenti, chi intenda fornire un quadro esaustivo della regolamentazione delle forze di pubblica sicurezza in Germania deve necessariamente ricorrere ad un *excursus* molto articolato. Al termine di questa esposizione, resta lo spazio per una riflessione sulle problematicità di un sistema che, obbligatoriamente, deve

<sup>78</sup> Corrispondenti ai Consiglieri Comunali nell'ordinamento italiano.

<sup>79</sup> S. Krumrey/H. Schwan, *Thüringer Ordnungsbehördengesetz*, Deutsche Gemeindeverlag, Erfurt 1996, § 1 Rn. 8.



tenere insieme esigenze diverse e non sempre facilmente conciliabili.

Le forze di polizia dei *Länder* sono costrette ad affrontare una serie di problemi emersi in tempi assai recenti. In primo luogo, con l'istituzione della Polizia Federale, il cui ambito di intervento è stato ampliato a seguito della riunificazione del 1990, è sorto un soggetto dotato di poteri di polizia esperibili non solo nelle zone di confine esterne della Repubblica Federale, come accadeva al *Bundesgrenzschütz*, ma anche nell'ambito interno, in conseguenza dell'incorporazione del corpo di polizia ferroviaria<sup>80</sup>. Ne consegue un potenziale conflitto di competenza con le forze di sicurezza regionali la cui risoluzione non sembra facilmente raggiungibile, se non attraverso ulteriori interventi normativi che regolino adeguatamente la materia, ma che al momento non sembrano alle viste.

51

Secondariamente, con il processo di europeizzazione ed internazionalizzazione delle attività di pubblica sicurezza, sono intervenute delle limitazioni alle competenze precedentemente appannaggio esclusivo delle polizie dei *Länder*<sup>81</sup>. Contemporaneamente, le forze di sicurezza delle regioni della RFT, insieme alla Polizia Federale, si trovano ora a dover prestare i loro servizi anche al di fuori dei confini nazionali (come nel territorio della ex-Jugoslavia), dovendo adempiere a compiti per i quali non sono state inizialmente addestrate<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> A riguardo v. *supra*, par. II.

<sup>81</sup> Cfr. sul tema W. Knelangen, *Europäisierung und Globalisierung der Polizei*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 48/2008, 33-38.

<sup>82</sup> H. Groß, *Deutsche Länderpolizeien*, cit., 25.



In terzo luogo, l'emersione di apparati di sicurezza privati può da un lato affrancare parzialmente le forze di polizia regionali dalla mole di lavoro che grava su di loro, ma nello stesso tempo rischia di ledere la centralità del loro ruolo in merito alla tutela della sicurezza interna.

Le politiche di risparmio nella pubblica amministrazione stanno riguardando anche il settore delle forze di polizia: attraverso ristrutturazioni di bilancio ed elementi tipici dell'economia privata (come le "buone prassi" per il lavoro di polizia) l'attività di pubblica sicurezza dovrebbe essere ottimizzata, garantendo nel contempo maggiore efficienza e vicinanza alla popolazione. Negli organigrammi delle polizie dei *Länder* si inseriscono elementi nuovi, come i partenariati per la sicurezza tra enti locali, il volontariato dei cittadini o i corpi di polizia di sorveglianza (*Wachpolizei*), creati da alcune amministrazioni regionali per gestire mansioni di polizia di minore gravità e lasciare libere le forze di polizia tradizionali di dedicare maggiore impegno ai compiti più gravosi, come la lotta contro la criminalità organizzata<sup>83</sup>: tutti elementi che concorrono a ridisegnare i confini di intervento degli apparati

<sup>83</sup> I reparti di *Wachpolizei* sono al momento previsti nelle forze di sicurezza di Assia e Berlino. Un reparto analogo era stato istituito in Sassonia nel 2002, ma è stato abolito nel 2006. La caratteristica principale di questi reparti è di essere composti da personale in un rapporto di impiego con le forze di sicurezza del Land, con finalità di supporto dei veri e propri funzionari di polizia. Pur disponendo in via generale degli stessi poteri di intervento delle forze di polizia tradizionali, non possono svolgere attività di indagine per conto delle procure, e dunque non sono autorizzati a porre in essere interventi che possono sostanzialmente limitare anche gravi dei diritti fondamentali individuali. L'entità delle specifiche competenze viene demandata ad ogni modo alle singole leggi regionali competenti per materia.





di pubblica sicurezza, inducendo a ripensarne anche i contenuti.

In un certo senso, le sorti degli assetti organizzativi delle forze di polizia in Germania ricalcano in buona parte quelle delle competenze proprie dei *Länder* all'interno dell'assetto federale tedesco: da un lato, infatti, le necessità di razionalizzazione delle dinamiche federali hanno comportato una maggiore separazione delle sfere di competenza esclusive della Federazione da quelle degli apparati amministrativi regionali, con conseguente restringimento degli spazi di cooperazione tra i due ambiti; dall'altro, le pressanti esigenze di razionalizzazione a livello di Unione Europea stanno conducendo ad un trasferimento di potestà dalla sfera statale a quella comunitaria e sovranazionale, a cui segue un ridimensionamento degli ambiti di sovranità propria anche a livello sub-statale.

53

Si tratta di una sfida complessa, ma evidentemente irrinunciabile: come nel caso dell'Unione Europea, si ha l'impressione che in gioco ci siano elementi cruciali per il futuro della vita comunitaria, rispetto ai quali eventuali tentativi di difesa ad oltranza di confini rigidi tra sfera regionale, statale e comunitaria sembrano dover lasciare spazio ad iniziative di razionalizzazione nelle quali le azioni di intervento "transfrontaliero" orizzontale e verticale potrebbero rappresentare una soluzione anche per il futuro della sicurezza pubblica in Germania.





## NOTE





anno III, n. 1, 2013

data di pubblicazione: 12 aprile 2013

Note

## LA COSTRUZIONE DELLA SICUREZZA\*

di Maria Luisa Maniscalco

Il lavoro di polizia si situa oggi in un equilibrio instabile, generato da una serie di tensioni provenienti dalla crescente complessità, a sua volta frutto di una serie di trasformazioni; le polizie delle società di matura democrazia tendono sempre meno a porsi come istituzioni funzionali al potere politico e sempre più come perno di un potere che resta socialmente costruito, con la partecipazione della maggioranza dei cittadini. Il passaggio da una polizia statalista, esclusiva espressione dell'esecutivo e quindi autoritaria, ad una maggiormente orientata alla comunità ha comportato notevoli modifiche a livello organizzativo, nelle pratiche operative e nei comportamenti. Se la prevenzione, il controllo e la repressione del crimine costituiscono l'aspetto più ovvio e meno discusso

1

\* Questo scritto fa parte di un lavoro più ampio in corso di pubblicazione: *Fare Polizia. Dalla centralità dell'ordine pubblico alla costruzione della sicurezza*, in *Produrre sicurezza. Agenti, Assistenti e Primi Dirigenti della Polizia di Stato di fronte ad una società in cambiamento* (F. Antonelli, L. Giobbi, M. L. Maniscalco, V. Rosato), Franco Angeli editore.



## Note

dei compiti di polizia, altri aspetti, più pro-sociali, non sono meno rilevanti. La sicurezza interna di un paese somma, da una parte, la sicurezza dello Stato, delle sue istituzioni e la certezza delle sue leggi, dall'altra la sicurezza dei cittadini e dello spazio locale; è una sicurezza ad ampio raggio e non lesiva dei diritti (e, tra tutti, anche quello alla protesta) e delle libertà. Una "Polizia del cittadino" tiene in gran conto le percezioni e le esigenze della popolazione e si pone al suo "ascolto". In Italia, come nel resto d'Europa, la protezione del cittadino è stata sempre considerata prerogativa dello Stato, pertanto il "sentirsi sicuri" è strettamente – anche se non esclusivamente – connesso alle azioni e alle rappresentazioni di affidabilità ed efficienza delle forze di polizia.

Per questo abbiamo ritenuto utile inserire nel questionario una domanda che sollecitava il parere degli intervistati su quanto si sentissero sicuri i cittadini del luogo dove prestavano servizio (D.11 «Sempre con riferimento al luogo dove presti attualmente servizio, secondo la tua opinione quanto si sentono sicuri i cittadini?»); questa domanda ha rappresentato anche un test indiretto di autovalutazione dell'operato della Polizia di Stato. I risultati hanno evidenziato un maggiore o minore ottimismo a seconda della propria posizione gerarchica; infatti, come mostra la tabella n. 10, le posizioni più elevate sono caratterizzate da una visione più positiva circa il livello di sicurezza percepito dagli abitanti del luogo dove veniva prestato servizio. La differenza appare ancora più netta cumulando le risposte "molto sicuri/abbastanza sicuri" da una parte e "poco sicuri/per niente sicuri" dall'altra. Nel primo, caso a ritenere molto o abbastanza sicuri i cittadini è il 75,5% del



## Note

campione dei Primi Dirigenti, contro il 58% circa degli Agenti/Assistenti, con uno scarto percentuale non indifferente. Il dato potrebbe essere interpretato in base alla diversa mappa delle minacce e dei rischi sul luogo di servizio sopra commentata; in modo particolare gli Agenti/Assistenti hanno sottolineato, al Sud e nelle Isole, la rilevanza della minaccia della criminalità organizzata e della microcriminalità, fenomeni fortemente incidenti sul tessuto sociale e in grado di alterare il pacifico svolgersi delle attività quotidiane. Per i Primi Dirigenti, infine, potrebbe aver influito una valutazione più positiva dell'organizzazione, con la quale probabilmente, come spesso capita per le posizioni più elevate nella carriera, maggiormente si identificano.

Tab. 10 - «Con riferimento al luogo dove presti servizio, secondo la tua opinione quanto si sentono sicuri i cittadini?»

|                   | <i>Primi Dirigenti</i> | <i>Agenti/Assistenti</i> |
|-------------------|------------------------|--------------------------|
| Molto sicuri      | 6,0%                   | 3,8%                     |
| Abbastanza sicuri | 69,5%                  | 54,1%                    |
| Poco sicuri       | 24,5%                  | 40,8%                    |
| Per niente sicuri | -                      | 1,3%                     |

Attraverso l'articolazione delle risposte per sub-campioni di area geografica emergono ulteriori significative differenziazioni: nel Sud e nelle Isole la percezione della sicurezza da parte dei cittadini viene giudicata, dagli intervistati, come la più bassa; al Nord, invece, si registrano le percentuali più positive; questo andamento si riscontra sia nelle



## Note

opinioni degli Agenti/Assistenti sia in quelle dei Primi Dirigenti, a testimonianza di come le valutazioni siano frutto anche delle istanze provenienti dai territori.

Tab. 11 - Agenti/Assistenti, «Con riferimento al luogo dove presti servizio, secondo la tua opinione quanto si sentono sicuri i cittadini?» Per Aree territoriali

|                         | Nord  | Centro | Sud e Isole |
|-------------------------|-------|--------|-------------|
| Molto/Abbastanza sicuri | 65,5% | 59,7%  | 48,0%       |
| Poco/Per niente sicuri  | 34,5% | 40,3%  | 52,0%       |

Tab. 12 - Primi Dirigenti, «Con riferimento al luogo dove presti servizio, secondo la tua opinione quanto si sentono sicuri i cittadini?» Per Aree territoriali

|                         | Nord  | Centro | Sud e Isole |
|-------------------------|-------|--------|-------------|
| Molto/Abbastanza sicuri | 88,5% | 75,9%  | 69,0%       |
| Poco/Per niente sicuri  | 11,5% | 24,1%  | 31,0%       |

Nel complesso, i risultati ottenuti delineano una valutazione piuttosto positiva, sia pure, come si è visto, non priva di punte di criticità. In questa rappresentazione, la Polizia di Stato diventa una risorsa irrinunciabile per il bene della “collettività di prossimità” e della sua sicurezza.

L’ultima domanda analizzata in questa parte chiedeva un’indicazione circa la modalità di “costruzione” della sicurezza. L’approccio “costruzionista” adottato nell’indagine è motivato anche dal fatto che dai colloqui e dalle interviste





## Note

preparatorie per la stesura del questionario era emersa, coerentemente al modello teorico di partenza, la matura consapevolezza che la sicurezza non vada considerata come “dato” o come condizione del sistema sociale, da mantenere esclusivamente ad opera di corpi dello Stato attraverso un’azione di sorveglianza e di controllo. Questa concezione non riesce a coglierne la natura di bene pubblico a cui tutti hanno diritto e a cui tutti debbono contribuire, idea ormai abbastanza diffusa anche nelle forze di Polizia; un bene pubblico prevede la non rivalità nel consumo e non presenta esclusioni nell’utilizzo. Inoltre l’ideologia organizzativa che tende ad andare oltre i meri compiti della tutela dell’ordine legale – e quindi dell’individuazione e consegna dei trasgressori agli organi giudiziari – induce a muoversi verso una concezione della sicurezza condivisa e socialmente legittimata, oltre che giuridicamente legittima.

Intesa come bene pubblico immateriale, la sicurezza risulta dal concorso di una molteplicità di fattori in un processo dinamico; è un farsi continuo, a cui lavorano i corpi specializzati dello Stato, ma che richiede anche la collaborazione di molte istituzioni e di tutti i cittadini; va prodotta collettivamente e continuativamente. Accanto all’aspetto giuridico in senso stretto (la sicurezza è la tutela delle norme giuridiche che regolano la vita collettiva), che rimane primario e irrinunciabile, emergono molteplici dimensioni (sociali, culturali e psicologiche), che concorrono a “costruire” un contesto sicuro e come tale vissuto e percepito. Le pratiche quotidiane degli attori e le loro definizioni della situazione rivestono un ruolo essenziale nell’aumentare o



## Note

diminuire il senso di sicurezza e in tal modo anche la capacità di resilienza di un sistema sociale rispetto a vulnerabilità, rischi e minacce, evitando panici sociali e comportamenti aberranti di singoli e di massa.

Altro presupposto per concepire la sicurezza come produzione sociale è che ci sia una “collaborazione” anche nella sua definizione; le persone intendono cose diverse quando affermano di volersi sentire sicure; divergono le sensibilità nei riguardi dei problemi ecologici, della sicurezza alimentare ed economica, delle migrazioni, della criminalità predatoria e organizzata, dell’uso delle droghe e del relativo traffico, nonché dello stesso terrorismo. In un mondo fatto di “frammenti” culturali, i diversi modi di concepire la sicurezza possono scontrarsi; inoltre in molte situazioni non è più facile distinguere tra misure di sicurezza e fonti di rischio. Anche presso l’opinione pubblica si riscontra una diffusa consapevolezza che ogni tipo di misura di sicurezza può, a sua volta, essere fonte di pericolo: non esiste nessun tipo di sicurezza “sicura”. Alcuni esempi sulla difficoltà di individuare misure di sicurezza “sicure” possono includere: a) L’aumento delle protezioni a favore di un gruppo che, in una società segmentata, potrebbe costituire una minaccia per gli altri, o per lo meno venire percepito come tale; b) L’incremento di corpi privati di sicurezza che potrebbe rappresentare una sfida per le forze di polizia statali e non condividere gli stessi standard nei riguardi dei diritti civili e del *rule of law*. A sua volta, un senso elevato di insicurezza può indurre i privati cittadini – o almeno alcune categorie a rischio – ad armarsi per difendersi, ma la



## Note

diffusione di armi nella popolazione è di per sé un rischio e un fattore di insicurezza generalizzata<sup>1</sup>.

A fronte di siffatta complessità, la domanda sulle modalità di “costruzione” della sicurezza ha tentato una semplificazione; i sette *item* in cui è stata articolata si possono raggruppare concettualmente in quattro dimensioni che evidenziano, rispettivamente, l’importanza:

- Della collaborazione interna e internazionale con diverse istituzioni e con altre forze di polizia;
- Della collaborazione con i cittadini e con le organizzazioni della società civile;
- Della prevenzione realizzabile attraverso efficaci politiche sociali e con la costruzione di comunità più solidali, tolleranti e coese;
- Del ruolo professionale della Polizia di Stato da rafforzare attraverso investimenti sul capitale umano e materiale.

7

Queste dimensioni enfatizzano: a) una costruzione relazionale e interattiva della sicurezza; b) una costruzione “preventiva” della sicurezza, attraverso interventi a sostegno della pace e del capitale sociale; c) una costruzione

<sup>1</sup> La situazione degli Stati Uniti è emblematica al riguardo; il secondo emendamento della Costituzione sostiene il diritto dei cittadini di detenere e portare armi e, in tutti gli Stati dell’Unione, la legislazione è piuttosto permissiva. Sulla scia della crescente criminalità e di stragi clamorose alcune restrizioni sono state introdotte ed è iniziato un dibattito in proposito.



## Note

professionale della sicurezza, attraverso il rafforzamento delle capacità investigative e di intervento. La tabella 13 riassume i risultati ottenuti.

Tab. 13 – «Secondo la tua opinione, oggi, in generale, la sicurezza si costruisce»

|                                                                                            | Primi Dirigenti | Agenti/Assistenti |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|-------------------|
| Dal basso, assieme ai cittadini e a tutti i soggetti interessati della società civile      | 29,1%           | 28,6%             |
| Attraverso efficaci politiche sociali                                                      | 18,7%           | 16,4%             |
| Potenziando mezzi e risorse a disposizione delle forze di Polizia                          | 12,1%           | 25,5%             |
| Attraverso un lavoro, anche investigativo, lontano dai riflettori                          | 6,6%            | 10,5%             |
| Attraverso la costruzione di comunità più solidali, tolleranti e coese                     | 4,5%            | 2,3%              |
| Migliorando la collaborazione con le forze di Polizia degli altri paesi                    | 29,1%           | 4,0%              |
| Migliorando la collaborazione con le altre istituzioni, compresi i corpi di polizia locale | -               | 12,7%             |

Coerentemente con un modello di “Polizia del cittadino”, che si declina nei nostri campioni come istituzione che cerca il consenso e la legittimazione da parte della popolazione, si è



## Note

svilupata l'idea che anche nel concreto svolgimento della propria professione sia utile una collaborazione con i cittadini e con le organizzazioni della società civile<sup>2</sup>. Sia nei Primi Dirigenti che negli Agenti/Assistenti le percentuali più elevate (rispettivamente 29,1% e 28,6%) hanno espresso l'opinione che per una sicurezza partecipata, inclusiva e dialettica<sup>3</sup> sia possibile trarre risorse utili dalla società civile, mentre un'apertura verso il sociale, l'enfasi sulla ricerca di una stabilità economica e il richiamo di quella che si può definire un'etica della sollecitudine (*ethics of care*) hanno sicuramente influenzato quelle parti dei campioni che, assumendo un concezione ampia della sicurezza, hanno scelto la modalità «La sicurezza si costruisce attraverso efficaci politiche sociali» (18,7% per i Primi Dirigenti e 16,4% per gli Agenti/Assistenti). Sempre al sociale, infine, si riferiscono le percentuali, di gran lunga inferiori (4,5% per i Primi Dirigenti e 2,3% per gli Agenti/Assistenti), di quanti hanno manifestato l'opinione che per la sicurezza sia importante la realizzazione di comunità più solidali, tolleranti e coese. In sintesi, oltre la metà dei Primi Dirigenti e poco meno della metà degli Agenti/Assistenti ritengono la costruzione della sicurezza una funzione pubblica, da svolgere in

<sup>2</sup> Da tempo è noto il ruolo della società civile (volontariato e terzo settore) in attività concertate con le autorità preposte a tutela della sicurezza intesa in senso lato, a cominciare dal ruolo svolto dai volontari della protezione civile e dal volontariato cittadino, fatto per lo più da anziani che, in raccordo con la polizia municipale, svolgono ormai un ruolo determinante in progetti che hanno l'obiettivo di salvaguardare la sicurezza intorno alle scuole e nei parchi.

<sup>3</sup> Questa concezione, sia pure a fatica, si sta affermando con la partecipazione ad un controllo sociale diffuso da parte di diversi settori della pubblica amministrazione e della società civile.



## Note

collaborazione con gli *stakeholder*. I risultati confermano l'idea per cui, nel momento in cui la sicurezza esce dalla semplice e rigorosa tutela della norma giuridica per entrare in uno spazio semantico più ampio, le dimensioni sociali acquisiscono primazia, rendendo la Polizia di Stato un organismo che si percepisce vicino e integrato con la cittadinanza, con i suoi bisogni e le sue pratiche.

Un altro aspetto significativo che contribuisce a caratterizzare il quadro attuale della produzione di sicurezza è rappresentato dalla condivisione, a livello locale, delle responsabilità tra le autorità garanti dell'ordine pubblico e le amministrazioni locali in una concezione di sicurezza allargata alla qualità della vita del contesto urbano. Tra i diversi strumenti individuati per raccordare le forze dell'ordine e le amministrazioni locali ci sono, per esempio, i "Protocolli di intesa sulla sicurezza" che formalizzano un accordo tra prefettura e città per il coordinamento delle iniziative legate alla *governance* complessiva della sicurezza urbana. Tali protocolli prevedono lo sviluppo di progetti comuni a tutto campo – dalla riqualificazione urbana alla mediazione dei conflitti, dalla presenza sul territorio alla ridefinizione del ruolo della polizia municipale.

Interrogati su questa nuova dimensione della sicurezza, i nostri intervistati hanno dimostrato una scarsa propensione a questo tipo di collaborazione intra-istituzionale; solo il 12,7% degli Agenti/Assistenti infatti ha affermato che «La sicurezza si costruisce migliorando la collaborazione con le altre istituzioni, compresi i corpi di polizia locale». Tale modalità di risposta è addirittura assente nel campione dei Primi Dirigenti che



## Note

sembrerebbero non propensi a condividere il “controllo” del territorio con altri settori della pubblica amministrazione; così, se il cittadino – che comunque, in ultima istanza, rimane un fruitore del servizio di sicurezza – è visto come una possibile risorsa ai fini della sua costruzione, ciò non accade per i pubblici amministratori e per le altre tipologie di polizie, considerati *competitors*, tra l’altro privi del *know how* necessario. Il campione dei Primi Dirigenti esprime invece un forte orientamento a collaborare con le forze di polizia degli altri paesi, dimostrando di ritenere la dimensione sovranazionale e internazionale una strada irrinunciabile. D’altronde quest’ultima presenta una tradizione consolidata (si pensi all’Interpol, struttura intergovernativa con 181 membri operante dal 1923), più recenti strutture (come, per esempio, le agenzie europee Europol, Eurojust e Frontex) e strumenti innovativi (per esempio i gruppi investigativi comuni costituibili su accordi bilaterali in base alla Convenzione sul crimine internazionale, conclusa a Palermo nel 2000). Le risposte sono anche coerenti con l’opinione dei Primi Dirigenti circa l’importanza della minaccia del terrorismo internazionale, mentre il focus dell’attenzione degli Agenti/Assistenti resta molto più concentrato sul territorio dove si opera, con la conseguenza di attribuire poca rilevanza alle dimensioni transnazionali della criminalità o, comunque, considerando poco influente questo aspetto nel determinare l’efficacia dell’agire di polizia.

Sono sempre gli Agenti/Assistenti che, per una quota non indifferente (36%), riportano la “costruzione” della sicurezza all’interno dell’azione di un modello di polizia incentrato sulla



## Note

sua missione prevalente, tesa verso la garanzia della legalità (in generale) e il contrasto del crimine. Questa percentuale, che raccoglie oltre 1/3 degli intervistati, si divide al suo interno in un 25,5% che sottolinea la necessità di un potenziamento dei mezzi e delle risorse a disposizione delle forze di polizia – ad ulteriore conferma che per un quarto del campione la Polizia di Stato è in molti casi impotente a fronteggiare la criminalità per carenze strutturali –, il restante 10,5% ritiene invece che «La sicurezza si costruisce attraverso un lavoro, anche investigativo lontano dai riflettori» – richiamando un’attività “classica”, silenziosa e penetrante nel tessuto sociale (eppure da questo non distaccata perché solo la conoscenza del territorio e dei fenomeni investigati può assicurare l’efficacia e l’efficienza del servizio svolto). Queste due dimensioni incontrano minore interesse (18,7%) presso i Primi Dirigenti.

Nel complesso, i dati sin qui discussi forniscono indicazioni che sembrerebbero segnalare l’avvenuto passaggio, nell’opinione dei campioni intervistati, da una Polizia di Stato come “forza” ad una Polizia di Stato come “servizio”, minimalizzando le questioni dell’ordine pubblico in favore di un’articolata concezione della sicurezza, da costruire in collaborazione con altri attori. Ma se in entrambi i campioni l’attenzione verso la collaborazione con i cittadini e con le organizzazioni della società civile e l’apprezzamento per l’efficacia delle politiche sociali sono espressi pressoché in ugual misura, rendendo la Polizia di Stato un organismo che si percepisce vicino e integrato con la cittadinanza, per le altre dimensioni i campioni si differenziano. Radicamento al territorio, orientamento localistico e interesse al potenziamento





*Note*

dei mezzi e delle risorse per il tradizionale lavoro investigativo connotano le opinioni e le valutazioni del campione degli Agenti/Assistenti, che, sia pure in una percentuale non particolarmente rilevante, tiene in debito conto, per il controllo del territorio, anche la collaborazione con le altre istituzioni, compresi i corpi di polizia locale, mentre quello dei Primi Dirigenti si configura più sensibile e interessato agli aspetti transnazionali della propria funzione.

Questa differenza, che riproduce la gerarchia delle minacce e dei rischi espressa, può essere vista sia come una risorsa sia come un rischio per l'organizzazione; da una parte attesta l'avvenuta internalizzazione della complessità, che necessita sia di attenzione ai processi e alle minacce transnazionali sia di adattabilità alle diverse concrete situazioni locali, dall'altra rischia di segnare una discontinuità tra i settori e i livelli dell'organizzazione che, in assenza di un'adeguata comunicazione interna, può rappresentare una debolezza.





## OSSERVATORI





## CYBERCRIME E CLOUD COMPUTING

### UN RECENTE STUDIO COMUNITARIO TRA EVOLUZIONE NORMATIVA E PROSPETTIVE

Luca Di Majo

La Direzione Generale sulle politiche interne in seno al Parlamento Europeo ha recentemente licenziato uno studio che affronta, in prospettiva, gli aspetti legali in relazione alla protezione dei dati, alla competenza e regolazione del trasferimento degli stessi a Paesi terzi attraverso servizi di *cloud computing* (*Fighting cyber crime and protecting privacy in the cloud*, completato nell'ottobre 2012 e rinvenibile su <http://www.europarl.europa.eu/studies>). Con questa espressione si intende una tecnologia basata sull'uso e sulla fornitura di applicazioni informatiche, la cui capacità di elaborazione e archiviazione e, dunque, il cui spazio di memoria, sono basati su internet. Rischi connessi all'impiego di questa tecnologia sono, da un lato, quelli concernenti il trattamento dei dati personali e, dall'altro, la repressione di frodi informatiche quali il furto di identità, il furto di proprietà intellettuale, lo spionaggio industriale ed estorsioni rivolte alle imprese, le frodi fiscali.

Attualmente a livello europeo il quadro normativo in materia è poco chiaro, mancando in qualche modo un ordine di



priorità e un coordinamento politico tra Commissione e Parlamento.

Dal punto di vista della tutela giuridica si segnala la decisione quadro 2005/22/GAI contro gli attacchi ai sistemi di informazione abrogata poi dalla direttiva 2011/92/CE, la quale stabilisce norme comuni tra gli Stati membri e include elementi fondamentali relativi ai nuovi reati che si sviluppano nel settore *IT-environment* e che possono essere connessi a terrorismo, atti di razzismo e di xenofobia.

Per contrastare tali rischi sono stati creati il Centro Europeo di Criminalità Informatica (EC3) all'interno di EUROPOL e lo *European Network and Informatic Agency* (ENISA) con l'obiettivo di favorire le condizioni per una migliore cooperazione tra gli Stati membri su sicurezza delle reti e delle informazioni. Tuttavia rimangono ancora da chiarire i ruoli e le competenze di queste *Agencies*: la preoccupazione principale resta la mancanza di un concetto "monolivello" di criminalità all'interno dell'UE che ha implicazioni dirette sul funzionamento di EC3; ciò crea un ampio grado di incertezza sull'individuazione degli standard minimi di protezione dei dati personali. Inoltre, EUROPOL ha finora dimostrato poco interesse per questo problema, come traspare dallo studio iOCTA-2011, piuttosto breve ed incompleto. Esiste una necessità di chiarire le responsabilità delle *Agencies*, se non altro per evitare duplicazione di attività e costi, e implementare la tutela dei soggetti interessati.

2

Sul versante della *privacy*, lo studio del Parlamento che qui si analizza evidenzia come il *cloud* ponga diverse sfide riguardo la tutela dei dati e delle informazioni personali coinvolti nel sistema. In Europa la direttiva di riferimento è la 94/46/CE che va considerata in combinato disposto con la direttiva *e-privacy* 2002/58/CE (modificata dalla direttiva 2009/136/CE) che si



applica al trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica nelle reti pubbliche anche qualora siano supportati da tecnologie *cloud*. I capisaldi della normativa vanno individuati nella liceità del trattamento dati (art.7), diritto di accesso (art.12), consenso al trattamento (art.7), riservatezza e sicurezza del trattamento (artt. 16 e 17), che devono essere obbligatoriamente rispettati anche quando una società utilizza tali infrastrutture al di fuori del SEE: ciò significa che, sulla scorta dell'art. 4 § 1 lett c) se un cliente *cloud* è stabilito al di fuori del SEE, ma incarica un fornitore *cloud* con sede nel SEE, questo "esporta" la legislazione comunitaria di riferimento.

In particolare, l'art. 25 consente flussi transfrontalieri *"soltanto se il Paese terzo di cui trattasi fornisce un livello di protezione adeguato"*, salvo che gli stessi abbiano attuato le misure previste dalla direttiva del '95.

Ed è proprio questo il punto dolente della questione: il settore del *cloud* è dominato da società statunitensi ove è prevista un'autocertificazione che li esonera dall'obbligo di stipulare contratti con il cliente aventi le caratteristiche richieste dalla direttiva all'art. 17; inoltre, i processori sviluppati dalle aziende europee non riescono a sviluppare i principi di riservatezza contenuti nel cd. *Safe Harbor*, secondo cui *"le organizzazioni devono prendere precauzioni ragionevoli per proteggere le informazioni personali da perdite, abusi, e accesso non autorizzato, divulgazione, alterazione e distruzione"*. A ciò si ricordi che la tutela della *privacy* è supportata soltanto attraverso norme elaborate in nome della sicurezza e della lotta contro il terrorismo. Il contesto USA è particolarmente evidenziato nello studio: nel § 1881 *US Foreign Intelligence Surveillance Amendment Act* del 2008 è disciplinato un potere di sorveglianza specificamente mirato ai dati di persone *non-US* che autorizza



la sorveglianza di massa degli stranieri i cui dati sono alla portata della giurisdizione USA; tutto ciò ha evidentemente ripercussioni sulla sovranità dell'UE.

Sorprendentemente il Parlamento europeo – almeno stando a quanto si legge dallo studio – non è sembrato essere troppo consapevole di tale rischio né tutte le implicazioni pare siano state affrontate, a detta di chi scrive, con la dovuta attenzione.

Un approfondimento maggiore su questo aspetto è forse rinvenibile nel parere n. 5/2012 del Gruppo 29 (il gruppo WP 29 per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali istituito dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) il quale ha, invece, chiarito che non è sufficiente che le società esportatrici di dati si basino su una semplice dichiarazione dell'importatore dei dati in merito alla certificazione *Safe Harbor* che, peraltro, non si applica alle telecomunicazioni, in virtù del *Protect America Act* del 2007 che concesse anche l'immunità alle aziende che avevano violato rigorose protezioni costituzionali a riguardo; esse devono dimostrare l'osservanza dei relativi principi attraverso l'indicazione, nei contratti, del trattamento con le relative ubicazioni e la tracciabilità dei dati che consentano al cliente di affidare i propri dati all'incaricato del trattamento con la sicurezza che questi ricevano un adeguato livello di protezione. L'individuo, infatti, si trova al centro di una "relazione triangolare" (Stato-azienda-individuo) e, di fatto, non esiste alcuna possibilità per l'autorità garante di verificare la conformità dell'elaborazione dati in *cloud* con il diritto comunitario nel pieno rispetto dei principi di responsabilità, trasparenza e integrità dei dati che pure viene sancito dall'art. 16.1 del Trattato sul funzionamento UE e dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali.





Anche se il Trattato di Lisbona ha formalmente abolito la distinzione tra il primo e il terzo pilastro, il complesso normativo comunitario esistente rimane ancora “*pillarised*” in natura e guidato da antiche divisioni. La direttiva non si applica alle attività di controllo e al trattamento interno dei dati che sono ancora regolati dai vari sistemi nazionali. Esistono, delle incertezze concettuali nel contesto del “vecchio” terzo pilastro riguardanti gli (ampi) spazi di discrezionalità da parte degli Stati membri all’atto di stabilire la competenza e la legge di esecuzione applicabile. E ciò vale proprio nell’ambito del “rapporto triangolare” in relazione all’autoregolamentazione al momento di valutare i regimi applicabili ai dati in trasferimento verso Paesi terzi.

Tuttavia, su questo aspetto il WP29 ha dichiarato che non esistono eccezioni per i fornitori di servizi di controllo dei dati dei cittadini dei Paesi terzi: ogni società operante nel SEE e qualsiasi prodotto *on-line* che si rivolge ai consumatori europei devono essere conformi alle norme UE e applicate indipendentemente dall’area del mondo in cui i dati sono in fase di elaborazione e qualunque sia l’area geografica del prestatore di servizi. Queste indicazioni, assieme all’osservanza dei già richiamati principi fondamentali e alle garanzie contrattuali, devono essere i pilastri sui cui fondare il futuro quadro normativo dei diritti europei sulla *privacy* per evitare errori superficiali di valutazione su una disciplina così particolarmente “*sensibile*”.





## RECENSIONI



G. Pizzolante, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2012, pp. 231.

La creazione di una disciplina europea comune in materia di asilo ha assunto un ruolo centrale nella configurazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in Europa.

Lo studio qui proposto si prefigge l'obiettivo di fornire una completa ed esauriente analisi delle normative vigenti sul diritto di asilo nello spazio europeo, nonché un'esposizione degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali all'interno del sistema multilivello europeo.

Nel capitolo introduttivo vengono esposti i passaggi salienti del processo di comunitarizzazione sul diritto di asilo, dalle prime disposizioni previste dagli Accordi di Schengen, passando per il fondamentale snodo rappresentato dal Trattato di Amsterdam e la conseguente integrazione dell'*acquis* di Schengen/Dublino nel quadro normativo comunitario, fino ai più recenti sviluppi introdotti dal Trattato di Lisbona.

Il primo capitolo è interamente dedicato al sistema Dublino, la cui funzione fondamentale è stata quella di disciplinare la ripartizione degli obblighi e dei compiti reciproci tra gli Stati membri, così come disposto dal Regolamento n. 343/2003 (Regolamento Dublino II).

In questa sede viene attribuito rilievo alla criticità rappresentata dall'incompatibilità degli "automatismi" emergenti dal meccanismo di Dublino con gli obblighi derivanti

dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), sottoscritta da tutti gli Stati membri.

La Corte di Strasburgo, infatti, ha più volte sottolineato come sia ravvisabile la violazione dell'art.3 della Convenzione in merito alla possibilità, prefigurata dal sistema Dublino, di trasferire un richiedente asilo verso un Paese terzo, qualora vi siano seri motivi di ritenere che il soggetto rischi di essere sottoposto a tortura o altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti (*non-refoulement*).

Inoltre, l'esigenza di configurare nuove forme di tutela non soddisfatte nell'ambito del regime convenzionale di protezione dei rifugiati ha prodotto il proliferare di tecniche di protezione sussidiaria nei vari Stati europei, con evidenti problematiche relativamente alla certezza del diritto e al manifestarsi di continui "movimenti secondari".

L'Unione europea ha tentato di porre rimedio a tali criticità attraverso la Direttiva 2004/83/CE, la c.d. "Qualification directive", che rappresenta il primo strumento sovranazionale volto ad armonizzare la "protezione complementare" a livello comunitario.

È questo il tema affrontato nel secondo capitolo del libro, che analizza tale processo di armonizzazione fino al suo più recente sviluppo nella Direttiva 2011/95/UE, finalizzata al riconoscimento di uno *status* "unico", proprio al fine di livellare i diversi livelli di tutela presenti nel panorama europeo.

Gli ultimi due capitoli sono dedicati rispettivamente alla CEDU, per la individuazione di uno standard minimo di tutela in materia di asilo nel diritto dell'UE, alle direttive

“accoglienza” e alle “procedure” quali presupposti per il funzionamento del sistema Dublino.

La particolare rilevanza della CEDU, il primo sistema “regionale” di tutela dei diritti a prevedere la giustiziabilità dei diritti proclamati nella Convenzione, assume oggi un significato ancora maggiore alla luce di quanto disposto dal nuovo art.6 TUE, che impegna l’Unione stessa ad aderire alla Convenzione. Si aprono così scenari inediti sulla possibile configurazione dei rapporti tra le due Corti europee, e sulla stessa capacità della Corte di Strasburgo di esercitare un controllo pieno sugli atti comunitari.

La parte finale dello studio fornisce una panoramica delle fondamentali direttive europee che rendono operativo il sistema Dublino, come la direttiva 2003/9/CE (la c.d. “Direttiva accoglienza”), modificata nel 2008 su proposta della Commissione europea; la direttiva 2005/85/CE (“Direttiva procedure”) che definisce le procedure per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, nonché la già citata direttiva 2011/95/UE che modifica la direttiva 2003/109/CE (riguardante i soggiorni di lungo periodo), estendendo l’ambito di applicazione di quest’ultima ai beneficiari di protezione internazionale.

*Adriano Manna*

