

GLI SPECIALI DI **QUESTIONE GIUSTIZIA**



Terrorismo internazionale
Politiche della sicurezza
Diritti fondamentali

settembre 2016

Indice

Introduzione

di *Giovanni (Ciccio) Zaccaro*

Pag. 4

Terrorismo e diritto fra storia ed attualità

Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo

di *Luigi Ferrajoli*

“ 8

L'esperienza della storia italiana, antica e recente

di *Adriano Prosperi*

“ 16

Terrorismo e diritti della persona

di *Andrea Pertici*

“ 26

Le nuove forme di terrorismo internazionale

Terrorismo internazionale. Contrasto giudiziario e prassi operative

di *Franco Roberti*

“ 55

Organizzazione per cellule del terrorismo Jihadista

di *Guglielmo Taffini*

“ 62

Terrorismo e guerra

di *Roberta Barberini*

“ 66

Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero

sospettato di terrorismo

di *Luca Maserà*

“ 76

Fra meta-terrorismo e sicurezza algoritmica

di *Francesco Strazzari*

“ 91

Terrorismo e diritto penale

Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite

di *Marco Pelissero*

“ 99

Terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale di <i>Massimo Donini</i>	“ 113
---	-------

Strategie di contrasto al terrorismo in Italia

Il ruolo dell'avvocatura nella lotta al terrorismo di <i>Francesco Caia</i>	“ 145
Conoscere il terrorismo Jihadista. Strumenti e tecniche di indagine di <i>Giovanni Salvi</i>	“ 152
Politiche della sicurezza e diritti fondamentali di <i>Armando Spataro</i>	“ 167

Strategie di contrasto al terrorismo degli organismi internazionali

<i>Follow the money</i> : sviluppi recenti del contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale di <i>Giacomo Roma</i>	“ 223
Le minacce del terrorismo, la comunità internazionale, le Nazioni Unite di <i>Luigi Marini</i>	“ 230
Politiche della sicurezza e stato di diritto. Quali regole per la cooperazione giudiziaria internazionale? di <i>António Cluny</i>	“ 263
Terrorismo internazionale. Quale possibile ruolo per la Corte penale internazionale? di <i>Cuno Tarfusser</i>	“ 277
La legislazione dell'Unione europea tra esigenze di armonizzazione e logiche emergenziali di <i>Ignazio (Juan) Patrone</i>	“ 283

Strategie di contrasto al terrorismo in alcuni Paesi

Il punto di vista di Medel di <i>Gualtiero Michelini</i>	“ 291
---	-------

(Belgio) In Belgio, le misure antiterrorismo e i progetti del Governo si inseriscono in un contesto di decadimento del potere giudiziario di <i>Manuela Cadelli</i>	“ 294
(Francia) La Repubblica francese sconvolta di <i>Simone Gaboriau</i>	“ 305
(Tunisia) Mettere in discussione le nostre risposte al terrorismo di <i>Raoudha Laabidi</i>	“ 328
(Spagna) La Spagna tra vecchio e nuovo terrorismo? di <i>Miguel Carmona</i>	“ 332
 Considerazioni conclusive	
Il ruolo del diritto e l'impegno dei magistrati di <i>Franco Ippolito</i>	“ 342
 Gli autori	 “ 349

Introduzione

di Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Pubblichiamo gli atti del seminario su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*¹ tenutosi a Pisa nei giorni 11 e 12 marzo 2016.

I mesi trascorsi dal convegno non diminuiscono l'attualità dei temi trattati ed anzi imporrebbero un'ulteriore e più variegata narrazione delle vicende che diffondono il terrore in questi tempi, della percezione di generale insicurezza che ne deriva e soprattutto delle risposte degli Stati, degli organismi internazionali, delle Corti.

Il convegno pisano era stato ideato mentre gli attentati terroristici insanguinavano l'anno 2015. Tanti e tutti altamente simbolici i "pezzi" di civiltà percossi dalla violenza contro gli inermi: la redazione di un giornale satirico a Parigi il 7 gennaio, il museo archeologico del Bardo a Tunisi il 18 marzo, un *resort* sul mare tunisino il 26 giugno, una marcia per la pace ad Ankara il 10 ottobre, una sala per concerti, lo stadio nazionale, alcuni *café* a Parigi il 13 novembre. E poi, l'anno seguente, l'aeroporto e la metropolitana di Bruxelles il 22 marzo. Centinaia le vittime e, fra di esse, la cultura, la voglia di stare insieme, di viaggiare, di rivendicare pace e divertimento di un'intera parte di mondo.

¹ Il seminario, dedicato alla memoria di Alessandro Pizzorusso, è stato organizzato nell'Aula Magna del Polo Carmignani dell'Università di Pisa nei giorni 11 e 12 marzo 2016 da Magistratura Democratica e dalla *Rivista Questione Giustizia* in collaborazione con Medel, Università di Pisa, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Ordine degli avvocati di Pisa e di Livorno, Ordine dei giornalisti della Toscana. In questo volume pubblichiamo tutti gli interventi consegnatici dai relatori, con l'ovvia avvertenza che, tranne i casi in cui risulti diversamente, si tratta di testi aggiornati al marzo 2016.

Era apparso, allora, convincente il ragionamento svolto da Umberto Curi in un libro pubblicato proprio in quei giorni²: siamo nell'epoca di Deimos, figlio, come Armonia, di Ares e Afrodite. Se, per secoli, si è detto che la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi, ora il testimone è preso dal terrorismo che è la prosecuzione della guerra con altri mezzi. Per cancellare o ridurre le tensioni internazionali, le guerre e lo stesso terrorismo è necessario eliminare gli squilibri economici fra le diverse aree del pianeta. Solo la lotta contro la povertà può disinnescare il potenziale distruttivo alimentato dalla disperazione. Se, dunque, si vuole un mondo più sicuro, è necessario costruire un mondo più giusto.

Il sentimento diffuso di insicurezza, del resto, è evidenziato dal rapporto per il 2016 sulla percezione della sicurezza in Italia ed Europa³. Seppure compilato prima dell'*escalation* di violenza dell'estate, il rapporto evidenzia l'insorgere di "paure globali", non più (solo) crisi economica e criminalità comune, ma è il terrorismo la fonte di inquietudine maggiore, che coglie (va al momento della rilevazione) il 44 % degli italiani, a fronte del 29% del 2010.

E l'insicurezza genera bisogno di protezione, sul quale si fondano le fortune elettorali di molti oltre che le strategie di sicurezza degli Stati.

Sono tutti temi affrontati in questo volume, dopo i moniti iniziali, nel nome dei diritti individuali e della ragione, di Luigi Ferrajoli, Andrea Pertici e Adriano Prosperi. Le caratteristiche del nuovo terrorismo internazionale sono descritte da Strazzari, che pure evidenzia i limiti delle soluzioni apprestate in questi anni.

In tutti gli interventi traspare l'ansia di conoscere il fenomeno del terrorismo per poterlo contrastare; sempre si afferma la fiducia nel "*Rule of law*". Ci si interroga sulla differenza fra terroristi e combattenti (Barberini), sull'organizzazione jihadista (Taffini), sul ruolo delle Nazioni Unite (Marini), sui rischi che la "lotta al terrorismo" pregiudichi i diritti dei migranti (Masera). Si cercano nuovi strumenti di contrasto, fondati sull'aggressione alle fonti di approvvigionamento economico del terrorismo internazionale (Roma) e sulla cooperazione internazionale (Cluny, Patrone e Tarfusser). Ma si evidenziano anche alcuni rischi: la degenerazione del diritto penale se le norme sono

² U. Curi, *I figli di Ares*, Castelveccchi, 2016.

³ Il rapporto, curato da Demos, Osservatorio di Pavia e Fondazione Unipolis si può leggere qui www.demos.it/2016/pdf/3814rapporto_sicurezza2016.pdf.

concepito per combattere il “nemico terrorista” (Pelissero), la possibile trasformazione della giurisdizione. Infatti, suggerisce Donini che il giusto richiamo alla centralità della giurisdizione nella lotta al terrorismo rischia di trasformare il giudice: non più garante neutrale dei diritti di tutti (dell'imputato e della vittima, dello Stato e del terrorista) ma militante ingaggiato nella “guerra al terrorismo”. Si discute anche sulle migliori strategie per la prevenzione e la repressione del terrorismo internazionale (Salvi e Spataro).

Ricca di spunti è pure la carrellata di esperienze riportate dai magistrati stranieri intervenuti al seminario.

Nel frattempo, nell'estate del 2016, il terrore si è impadronito ancora di più della vita quotidiana. Non più solo attacchi paramilitari ed in luoghi simbolici ma anche aggressioni individuali, estemporanee, capaci di colpire i frammenti più intimi della vita delle vittime: la passeggiata sul lungomare di Nizza il 14 luglio, un treno in Germania il 18 luglio, un centro commerciale a Monaco di Baviera il 22 luglio, ancora la provincia tedesca il 24 luglio, una messa cattolica nella provincia francese il 26 luglio.

Tutti fatti che concorrono ad aumentare la sensazione di insicurezza.

È l'epoca della paura e dell'incertezza, che, per Zygmunt Bauman⁴, sono radicate nel mondo contemporaneo. Ove le comunità sono sgretolate, i legami interpersonali sono sostituiti dalla competizione più sfrenata ed anche i problemi più complessi sono affrontati con ricette semplici, Bauman evidenzia il rischio di creare muri fra gli individui ed i popoli e cedere spazi di libertà personale e collettiva all'“uomo forte” di turno.

Del resto, nell'ultima puntata dell'ultima serie, gli sceneggiatori del “TV drama” *House of Cards*, eccezionale affresco sulla politica contemporanea, mettono in bocca a Francis Underwood, presidente degli Stati Uniti, la frase «*Noi non subiamo il terrore, noi creiamo il terrore*».

E si deve riflettere, dunque, ancora sulla possibile strumentalizzazione del terrorismo quale giustificazione per la compressione dei diritti e delle garanzie.

Ancora questa estate, abbiamo tutti assistito alla dura controffensiva scatenata da Erdogan, appena l'indomani del fallito golpe militare in Turchia. In pochi giorni sono stati destituiti, ed arrestati, magistrati, avvocati, giornalisti, docenti universitari. Senza processi, senza contraddittorio, senza pubblicità ma sulla base di “elenchi” e tutti ac-

4 Corriere della Sera, 27 luglio 2016.

cusati di fiancheggiare l'organizzazione gülemista, definita da Erdogan "terroristica".

Ed allora la risposta, ancora una volta, non può che risiedere nella cooperazione internazionale, fondata sullo scambio di informazioni e la salvaguardia di un nucleo di garanzie e diritti per tutti, ma soprattutto nello sforzo per un'umanità rinnovata che tolga pretesti ed occasioni al terrorismo internazionale.

Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo

di *Luigi Ferrajoli*

Proporrò alla discussione due brevi considerazioni relative ad altrettanti ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo, entrambe informate al nesso sul piano della teoria del diritto e della filosofia politica, tra pace, sicurezza, diritto e ragione:

a) in primo luogo la salvaguardia dell'asimmetria tra le forme dello Stato di diritto e la violenza extra-legale, sia essa bellica o criminale;

b) in secondo luogo la radicale messa al bando delle armi e perciò il totale disarmo della società civile e l'affermazione del monopolio istituzionale e pubblico della forza.

1. L'asimmetria tra Stato di diritto e violenza extra-legale

La prima garanzia consiste nella forza deterrente costituita, con paradosso apparente, dalla massima asimmetria che deve essere conservata ed esibita tra la civiltà del diritto e l'inciviltà delle organizzazioni criminali, tra Stato di diritto e violenza extra-legale.

Di qui la necessità che lo Stato di diritto non neghi se stesso, adottando lo stadio d'assedio o d'eccezione o la logica del diritto penale del nemico. Solo la differenza e l'asimmetria tra le forme garantiste dello Stato di diritto e le forme selvagge del crimine organizzato e del terrorismo sono infatti in grado di delegittimare moralmente e politicamente la violenza bellica e quella criminale. Solo lo sviluppo di tutte le garanzie dello Stato costituzionale di diritto, e perciò la distanza esibita e difesa tra la giustizia basata sulla legalità e l'ingiustizia della violenza arbitraria, sono idonee a isolare socialmente e a depotenziare politicamente la violenza sregolata e selvaggia di qualunque tipo. Per questo, in materia di terrorismo, è di enorme importanza l'uso delle parole: perché

sono profondamente diverse, anzi opposte, le risposte che la nostra civiltà giuridica ha apprestato nei confronti dei due fenomeni.

A un atto di guerra si risponde con la guerra; a un crimine, sia pure gravissimo, si risponde con il diritto, cioè con l'accertamento e la punizione dei colpevoli. È perciò un enorme regalo al terrorismo jihadista designarlo con il nome di "Stato" – cioè di "Isis" o di "Stato islamico" – anziché chiamarlo, semplicemente, organizzazione criminale. Ed è un regalo ancor più grande usare contro di esso il linguaggio della guerra. Giacché è appunto la "guerra santa" che è voluta dai jihadisti, ed è come guerra santa che essi legittimano i loro assassinii e la loro ferocia.

Chiamare "Stato" un'organizzazione terroristica e "guerra" l'azione di difesa e neutralizzazione nei suoi confronti, equivale ad annullare l'asimmetria tra istituzioni politiche e criminalità e a generare tra esse un'assurda simmetria, la quale abbassa le prime al livello della seconda o, che è lo stesso, innalza la seconda al livello delle prime, trasformando l'assassinio di persone indifese in un atto di guerra e una banda di assassini nell'avanguardia istituzionale di centinaia di milioni di credenti. È lo stesso gravissimo errore, del quale ancora paghiamo il prezzo, commesso all'indomani del massacro dell'11 settembre 2001: allorquando l'abbattimento delle Twin Towers da parte dei terroristi fu chiamato e interpretato come un "atto di guerra", anziché come un crimine gravissimo e mostruoso, e contro di esso fu perciò promossa la guerra nei confronti dapprima dell'Afghanistan e poi dell'Iraq. In quel modo anche allora l'organizzazione criminale Al Qaeda fu elevata al livello di uno Stato in guerra, secondo quello che certamente anche allora era lo scopo perseguito dal terrorismo jihadista, che come ogni terrorismo aspira ad essere riconosciuto come guerra e magari come scontro di civiltà¹.

Ma nei confronti di un'organizzazione criminale, per quanto vasta e militarmente potente, non si muove guerra, ma si mettono in atto le misure di polizia, certamente più difficili ma più efficaci, in grado di neutralizzarla. Fu esattamente questo che la comunità internazionale non fu capace di fare, avendo preferito rispondere all'atto terroristico con due guerre contro altrettanti Stati, dapprima contro l'Afghanistan e poi contro l'Iraq, gettando così benzina sul fuoco e facendo divampare il terrorismo in forme ancor più feroci e in dimensioni enormemente più sterminate. Laddove la risposta

¹ È utile ricordare che in Italia, negli anni del terrorismo, su una cosa tutti concordammo – destra e sinistra, critici e difensori delle leggi dell'emergenza: nel negare ai terroristi lo *status* di belligeranti e perciò nel rifiutare la logica di guerra che i terroristi volevano imporre al nostro Paese.

più razionale all'aggressione terroristica avrebbe dovuto essere allora, e dovrebbe essere anche oggi, quella asimmetrica – tanto più efficace quanto più asimmetrica – che si conviene ai crimini contro l'umanità: non dunque i raid e i bombardamenti aerei, tipicamente propri della guerra, che provocando morte e terrore tra le popolazioni civili servono solo ad accrescere l'odio per l'Occidente e le capacità di proselitismo delle bande terroristiche, bensì le azioni di polizia sul terreno, attuate naturalmente con mezzi militari adeguati, ma dirette soltanto all'identificazione e alla neutralizzazione delle organizzazioni terroristiche.

Si rivela ancora una volta, di fronte al terrorismo del cosiddetto Isis, la lacuna di garanzie della pace pur previste dalla Carta dell'Onu ma ancora inattuata. Contro la minaccia di un terrorismo fanatico, clandestino e ramificato, cresciuto anche all'interno dei nostri Paesi attraverso il reclutamento perfino di cittadini europei, non servono bombardamenti aerei né alleanze militari. Servirebbe quella forza di polizia internazionale che è stata prevista dal capo VII della Carta dell'Onu e che certamente, se fosse stata per tempo istituita, sarebbe intervenuta in tutte le crisi degli anni passati con maggior credibilità e senza le inutili devastazioni provocate dalle guerre scatenate dall'Occidente in violazione del diritto internazionale.

2. Il disarmo della società civile e il monopolio poliziesco della forza

C'è peraltro un elemento specifico, sicuramente il più importante, dell'asimmetria tra Stato e società che non è stato ancora realizzato e che costituisce il secondo ordine di garanzie, a mio parere essenziale, che deve essere introdotto ai fini della lotta al terrorismo e, più in generale, del mantenimento della sicurezza e della pace: il completo disarmo della società civile e il monopolio statale della forza, teorizzati da Thomas Hobbes alle origini della modernità².

Questa seconda garanzia della pace e della sicurezza consiste nella radicale messa al bando delle armi. Contro il terrorismo – e più in generale contro qualunque forma di violenza criminale – una politica razionale di sicurezza dovrebbe

2 T. Hobbes, *Leviatano* cit., cap. XVII, § 13, 281 e 283, dove Hobbes afferma che se gli uomini vogliono la pace e la sicurezza «l'unica maniera è quella di conferire tutto il loro potere e la loro forza a un solo uomo o a un'assemblea di uomini... Fatto questo, la moltitudine così unita si chiama Stato, in latino *civitas*... a cui dobbiamo la nostra pace e la nostra difesa».

affrontare alle radici il problema delle armi. Un tratto caratteristico del terrorismo jihadista è il feticismo delle armi, manifestato costantemente dalla sua auto-rappresentazione mediatica e propagandistica come formazione armata, dall'ostentazione rituale e spettacolare delle armi e dall'immaginario militaresco da esso generato. Da dove provengono tutte queste armi? Non certo dalla produzione locale, in Africa o in Medio Oriente. Provengono, evidentemente, dal commercio e dalla produzione delle armi negli stessi Paesi che combattono il terrorismo e che dal terrorismo sono aggrediti.

Vengo così a una questione di fondo, sulla quale ho insistito più volte³ e che va ben al di là della lotta al terrorismo jihadista, ma che proprio l'emergenza rappresentata dalla sua terribile ferocia offre l'occasione per affrontarla alla radice: la questione, dalla quale dipendono la pace e la sicurezza mondiale, della radicale messa al bando delle armi. Dobbiamo acquistare la consapevolezza che la più efficace garanzia della vita e la migliore prevenzione sia dei delitti che delle guerre consistono nella proibizioni di tutte le armi come "beni illeciti"; cioè nel divieto, senza deroga alcuna, della detenzione e, ancor prima, del commercio e della produzione di tutte le armi.

Giova riflettere sul fatto che in un mondo popolato da più di 20.000 testate nucleari, è stato solo per un miracolo che taluna di queste non sia ancora caduta nelle mani di una banda terroristica o che, in qualcuno degli Stati che ne sono in possesso, il potere non sia stato conquistato da un pazzo. Giova inoltre ricordare che ogni anno, nel mondo, si consumano centinaia di migliaia di omicidi: esattamente 437.000 nel solo 2012, per la maggior parte con armi da fuoco; senza contare i morti ancor più numerosi – si calcola circa due milioni ogni anno – provocati dalle tante guerre, quasi tutte guerre civili, che infestano il pianeta. Più di un terzo di questi omicidi, ben 157.000, sono stati commessi nei Paesi delle Americhe, nei quali sono massimi il libero commercio e la diffusione delle armi, con una media di 16,3 persone uccise ogni 100.000 abitanti, quasi il triplo della media globale, che è di 6 persone ogni 100.000 abitanti, e 16 o 17 volte più

3 In *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, § 11.11, 784-785, dove ho definito i "beni illeciti", con la definizione D11.33, come tutti quei beni dei quali sono vietate la produzione e/o la detenzione e/o il commercio, e vol. II, *Teoria della democrazia*, § 16.9, 521-527, dove ho identificato nel monopolio giuridico della forza e nella totale messa al bando delle armi quali beni illeciti la principale garanzia della pace. Ho ribadito questa proposta in *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari 2013, § 5.5, 211-213.

che in Europa, per esempio in Italia, dove il medesimo tasso, nonostante le mafie e le camorre e i femminicidi, è solo dello 0,9 ogni 100.000 abitanti⁴.

Ebbene, questo assurdo massacro, insieme allo sviluppo di un terrorismo spaventoso come quello jihadista, è in gran parte dovuto alla facilità di acquisto e all'enorme diffusione delle armi. Basti pensare alla differenza abissale tra il numero degli omicidi all'anno in Paesi nei quali le armi sono più diffuse e quello in cui quasi nessuno va in giro armato: più di 50.000 in Brasile e tra i 20.000 e i 30.000 negli Stati Uniti, in Messico e in Colombia, dove il possesso di armi è generalizzato dato che tutti si armano per paura, e non più di 500 in Italia e negli altri Paesi europei dove quasi nessuno è in possesso di armi.

Una campagna contro le armi dovrebbe perciò muovere dal riconoscimento di un fatto elementare. Questa diffusione delle armi e il pericolo tremendo che ne consegue per la pace e la nostra sicurezza sono il segno che non si è compiuto – non, certamente, nei Paesi nei quali chiunque può acquistare un'arma micidiale, e meno che mai nella comunità internazionale – il disarmo dei consociati e il monopolio pubblico della forza teorizzati da Thomas Hobbes, quasi quattro secoli fa, come le condizioni del passaggio dallo Stato di natura allo Stato civile. Dobbiamo riconoscere, in breve, che la produzione, il commercio e la detenzione delle armi – di armi incomparabilmente più potenti e distruttive che all'epoca di Hobbes – sono il segno di una non compiuta civilizzazione delle nostre società e il principale fattore dello sviluppo della criminalità, dei terrorismi e delle guerre.

Non si spiega d'altro canto, se non con i pesanti condizionamenti esercitati sulla politica dei nostri governi dagli apparati militari e dalle *lobbies* delle armi, perché le armi non siano vietate come beni illeciti, almeno come le droghe, *ne cives ad arma veniant*. Né tanto meno si spiega – se non con un'illusoria e insensata volontà di potenza degli Stati, collusa anch'essa con gli interessi delle industrie di armi che delle spese mi-

4 Il Paese più violento del mondo è l'Honduras, con una media, nel 2012, di 90,4 omicidi ogni 100.000 abitanti. La Colombia è al 10° posto, con 14.670 omicidi e una media di 30,8 uccisioni ogni 100.000 abitanti. Il Paese con il più alto numero di omicidi, 50.108, è il Brasile, al 15° posto. Secondo i dati Onu, il 95% degli omicidi nel mondo è compiuto da uomini, che compongono anche l'80% delle vittime (www.italiansinfuga.com/2014/04/16/classifica-delle-nazioni-in-base-al-tasso-di-omicidi; www.ilpost.it/2014/04/14/rapporto-onu-omicidi-mondo).

liari sono i soli beneficiari⁵ – perché mai non si sia realizzato quel progressivo passaggio della comunità internazionale dallo Stato di natura allo Stato civile che è possibile solo con l'affermazione del monopolio giuridico della forza in capo all'Onu, pur prefigurato dal capo VII della Carta delle Nazioni Unite, e con il conseguente, progressivo superamento degli eserciti nazionali, già auspicato da Immanuel Kant più di due secoli fa⁶. Abbiamo così il paradosso che i soli beni illeciti sono oggi le droghe, benché il loro proibizionismo si sia rivelato addirittura criminogeno a causa di un suo duplice effetto: lo sviluppo sia della macrocriminalità delle organizzazioni armate del narcotraffico, alle quali ha consegnato il monopolio criminale del commercio delle droghe, sia della

5 Queste spese hanno raggiunto nel 2011 la cifra di 1.740 miliardi di dollari, pari al 2,6% del Pil mondiale (S. Andreis, *Le spese militari nel mondo*, in AA.VV., *Economia a mano armata. Libro bianco sulle spese militari*, Sbilanciamoci, Roma 2012, 81). Ben il 43% di questa spesa, pari a 698 miliardi di dollari, viene sostenuta dagli Stati Uniti. Seguono la Cina (119 miliardi di dollari), il Regno Unito e la Francia (59,3 miliardi), la Russia (58,7 miliardi), il Giappone (54,5 miliardi), l'Arabia Saudita e la Germania (45,2 miliardi), l'India (41,3 miliardi) e l'Italia (37 miliardi) (ivi, 83).

6 «Gli eserciti permanenti (*miles perpetuus*) devono col tempo interamente scomparire. E ciò perché minacciano incessantemente gli altri Stati con la guerra, dovendo sempre mostrarsi armati a tale scopo, ed eccitano gli altri Stati a gareggiare con loro in quantità di armamenti in una corsa senza fine: e siccome per le spese a ciò occorrenti la pace diventa da ultimo ancor più oppressiva che non una guerra di breve durata, così tali eserciti permanenti diventano essi stessi la causa di guerre aggressive, per liberarsi da questo peso. A ciò si aggiunga che assoldare uomini per uccidere e per farli uccidere è, a quel che sembra, fare uso di uomini come di semplici macchine e di strumenti nelle mani di un altro (dello Stato), il che non può conciliarsi col diritto dell'umanità nella propria persona» (I. Kant, *Per la pace perpetua* [1795], sez. I, § 3, in Id., *Scritti politici* cit., 285). «Quale diritto ha lo Stato», si chiede infatti Kant, «di servirsi dei suoi propri sudditi per muover guerra ad altri Stati, di impiegare e di mettere così in gioco i loro beni e anzi la loro vita stessa?... Questo diritto sembra potersi dimostrare facilmente, derivandolo cioè dal diritto di poter fare del suo (della sua proprietà) tutto ciò che si vuole», cioè dall'assurda pretesa del sovrano di ridurre il cittadino a una «sua proprietà incontestabile... Come dunque si può dire delle piante (per esempio delle patate) e degli animali domestici che essi... si possono adoperare, consumare e distruggere, così sembra che si possa attribuire al potere supremo dello Stato... il diritto di condurre i suoi sudditi alla guerra come alla caccia, al combattimento come a una partita di piacere... Ma questo principio di diritto (che probabilmente si presenta oscuramente alla mente del monarca) vale invero certamente e relativamente agli animali, che possono essere una proprietà dell'uomo, ma non si applica assolutamente all'uomo, principalmente come cittadino, il quale deve sempre essere considerato come un membro del potere legislativo (come colui che non è soltanto un mezzo, ma anche nello stesso tempo un fine in sé)» (I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], parte II, sez. II, § 55, in Id., *Scritti politici* cit., 535-537).

microcriminalità di sussistenza e di strada, generata in gran parte dal reclutamento quali spacciatori degli stessi tossicodipendenti, indotti alla piccola delinquenza e allo spaccio dalla necessità di procurarsi la droga.

Una politica razionale dovrebbe quindi letteralmente capovolgere l'attuale legislazione: da un lato legalizzare e perciò controllare la vendita delle droghe pesanti e depenalizzare, oltre al consumo personale di qualunque tipo, la produzione e il commercio delle droghe leggere; dall'altro vietare radicalmente la produzione, il commercio e la detenzione delle armi.

Diversamente dalle droghe, lesive di chi ne fa uso, cioè soltanto di se stessi, le armi sono destinate ad uccidere terzi innocenti. Per questo il loro divieto è la prima garanzia del diritto alla vita. Si tratterebbe, oltre tutto, di un divieto incomparabilmente più efficace di quello delle droghe, non essendo altrettanto facili quanto quelle delle droghe la produzione e la vendita clandestina delle armi. Le armi non si coltivano come le droghe. Non esistono fabbriche di armi nelle zone del mondo maggiormente infestate da guerre, terrorismi e crimine organizzato. Mettere al bando seriamente il commercio e la detenzione delle armi, senza eccezione alcuna, cioè senza nessun possibile "porto d'armi", equivarrebbe alla prima garanzia della pace, della sicurezza, della vita, perfino in Europa dove il numero degli omicidi è più basso ma pur sempre costituito da omicidi con armi da fuoco. Nel mondo, del resto, mentre sono quasi scomparse, da molti anni, le guerre tra Stati, la difesa dalle quali è portata a giustificazione del mantenimento ed anzi del continuo rafforzamento degli eserciti e degli armamenti bellici, sono costantemente in crescita le guerre civili, soprattutto in Medio Oriente e in Africa – dalla Siria all'Iraq e all'Afghanistan, dalla Libia alla Somalia, dal Congo alla Costa d'Avorio – che colpiscono soprattutto le popolazioni civili generando i terribili flussi di profughi in fuga.

Tutte queste misure, a causa del ruolo performativo che il diritto ha sempre nella formazione del senso comune, varrebbero infine a rimuovere la subcultura della violenza alimentata dal libero e talora compiaciuto e feticistico possesso delle armi. La radicale messa al bando delle armi varrebbe a promuovere, nel senso comune, il nesso biunivoco tra democrazia e pace, e perciò la consapevolezza che la risposta più efficace al terrorismo sarebbe una politica volta a spengere i focolai della violenza e ad affrontare razionalmente i tremendi problemi dei quali il terrorismo è un sintomo perverso.

È in questa prospettiva che la messa al bando delle armi – di tutte le armi – dovrebbe diventare il primo, pregiudiziale obiettivo di qualunque politica di pace e di sicurezza: di sicurezza interna dai delitti e di sicurezza esterna dalle guerre. Certamente

il disarmo generalizzato può apparire un'utopia. Certamente esso richiederebbe comunque tempi lunghissimi. Ma è essenziale che la questione sia quanto meno posta all'ordine del giorno; che sia assunto come un obiettivo da parte di qualunque politica razionale; che il disarmo generalizzato divenga il tratto distintivo e unificante di qualunque mobilitazione e battaglia progressista.

L'esperienza della storia italiana, antica e recente*

di Adriano Prosperi

Cercherò di rispondere in qualche modo all'invito che mi è stato fatto nell'unico modo possibile per me: sono un non addetto ai lavori che deve offrire agli esperti qualche spunto derivante dal suo mestiere di storico, una qualche considerazione che aiuti a ricollocare nel tempo storico il problema che agli esperti del diritto si pone nella dimensione della fattispecie cioè del presente e del ripetitivo.

Se c'è una caratteristica della storia è quella di sfuggire alla nitidezza del diritto inteso come luogo di definizione della norma da seguire e delle pratiche da evitare. Quel che accade nel tempo della storia segue il percorso imprevedibile, complicato e contraddittorio di un mondo reale dominato spesso dal principio dell'eterogenesi dei fini. Questi, in estrema sintesi, mi sembrano i caratteri desumibili dalla mia esperienza della ricerca storica. Nel richiamare l'attenzione su questi aspetti mi propongo un solo compito: distrarre l'attenzione dalla tendenza ricorrente a calare i problemi del terrorismo nello schema generale del conflitto di civiltà: una formula infelice che suggerisce continuamente applicazioni inesatte o fortemente viziate da presupposti ideologici. A quel tipo di schema si sono richiamate anche alcune affermazioni che si sono ascoltate in questa sede. Ho sentito un procuratore della Repubblica sostenere come di per sé evidente l'esistenza di una distinzione netta e insuperabile tra europei e islamici come tra "noi" e "loro". È una resa alla propaganda dei terroristi, che si presentano come i portatori della intera tradizione religiosa e storica dell'Islam e pretendono così una rappresentatività che non hanno. Ma intanto e prima di tutto: chi sono "loro", degli estranei totali, degli sconosciuti che vengono da lontano o non piuttosto dei "noi" più

* Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di luglio 2016.

sfortunati che vengono dalle periferie dei Paesi coloniali europei dove sono stati costretti a crescere in condizioni di marginalità e di assenza di identità totale, assistendo alle umiliazioni dei loro genitori e respirando della cultura “nostra” solo la sopraffazione del danaro? Lo hanno mostrato tante inchieste giornalistiche, lo ribadisce ora Alain Badiou¹. Intanto la ricerca attenta di un giornalista molto avvertito, Alessandro Leongrande, ci spiega perché la parte più disperata, più violenta dell’Africa è proprio quella Eritrea lasciata dal colonialismo straccione e assassino dell’italico impero mussoliniano in condizioni tali da alimentare un mezzo secolo di guerra². E tale è il ricordo lasciato dagli italiani che i migranti da quell’area che riescono, superando prove atroci, a toccare terre europee si dirigono senza incertezze verso il nord. Questi “altri” li abbiamo creati noi. Un po’ di letture storiche e di reportages – non quelli della poverissima stampa periodica italiana – ci aiuterebbero a riconoscere qualche brandello della realtà e a evitare schemi prefabbricati creati solo per proteggerci. E poi, che cosa caratterizzerebbe “noi” in questa opposizione? Forse la religione cristiana? Ma dove andrebbero a finire le differenze profondissime che nella storia si sono scavate anche all’interno dei fedeli del cristianesimo tra orientali e occidentali, tra cattolici e luterani e riformati o calvinisti, per non parlare delle varie e diversissime sette radicali? Sarebbe troppo ingenuo opporre a questa convinzione quella uguale e opposta di chi crede che l’uguaglianza in umanità coincida con l’assenza di differenze storiche e culturali. L’alterità esiste come dato storico, ogni tappa importante della storia che abbiamo alle spalle ha dovuto confrontarsi su che cosa sia l’altro da sé: così, ad esempio, quando gli scopritori dell’America incontrarono “l’altro” e lo catalogarono nella forma estrema del selvaggio. E tuttavia dobbiamo pur ricordare che una grande tappa della maturazione culturale europea fu raggiunta quando nel 1537 si stabilì solennemente che quegli altri erano a tutti gli effetti degli esseri umani. Ma che cosa è legittimo fare degli esseri umani da parte di altri esseri umani? La risposta fu quella della differenza dei diritti sulla base della differenza delle appartenenze religiose: la messa in stato di schiavitù, la vendita e lo sfruttamento economico o sessuale dei corpi vennero arginati nel mondo cristiano dalla distinzione fra battezzati e non. Ecco uno dei tanti punti in cui le presunte differenze tra “noi” e “loro” si liquefanno. Oggi la nozione convenzionale di umanità è quella definita nella dichiarazione di San Francisco del 1948 sui diritti umani come norme valide in universale. Fu la risposta all’abisso in cui i sistemi totalitari e quello nazista in specie

1 Alain Badiou, *Il nostro male viene da più lontano*, trad. it. Einaudi, Torino 2016.

2 A. Leongrande, *La frontiera*, Feltrinelli, Milano 2015.

avevano fatto precipitare l'umanità. Di fatto, da allora sappiamo che la difesa dei diritti umani è un dovere assoluto perché l'offesa subita da uno solo dei nostri simili è una minaccia che grava sulla sicurezza di tutti. Ma questo non ha impedito che si riaffacciasse sommessamente e poi sempre più apertamente il termine e l'idea di "identità". Questa parola reca con sé un marchio storico che finora non è stato adeguatamente denunziato: quello della propaganda di massa nazista nella Germania dopo la presa del potere di Hitler. Come ha ricostruito lo storico francese Johann Chapoutot, si svolse allora una vera e propria fase di imbonimento sul tema dell'esistenza di una identità germanica che doveva essere tenuta al riparo dalla mescolanza con quelle altrettanto chiuse e immutabili di cristiani e ebrei. La campagna ebbe successo: il risultato fu una specie di desensibilizzazione della popolazione intera davanti alle sofferenze e all'eliminazione fisica in massa degli ebrei³. L'idea che ci siano identità umane diverse, eredi di un patrimonio trasmesso col sangue, incompatibili fra di loro, si è ripresentata nei nostri tempi anche se in forma per ora mitigata, cioè senza l'affermazione della superiorità naturale di una identità sulle altre. È una prova della pesantezza della storia, quella del passato: non perché il presente ne sia una ripetizione. In realtà il mutamento continuo oggi ci fa assistere a una terza guerra mondiale in atto come ha osservato l'acuto comunicatore che siede sulla cattedra di San Pietro: e ci mostra un misto di tradizione e innovazione nei meccanismi e nelle forme con cui è ripresa nel Mediterraneo la tratta degli schiavi mentre in Europa rinascono i lager e le barriere di filo spinato. Naturalmente ci sono differenze tra passato e presente: gli schiavi oggi attraversano a loro rischio il mare per venire a lavorare da noi. E nei lager attuali non si uccidono le persone ma si lucra su chi vi viene rinchiuso. Un misto di nuovo e di vecchio, come sempre è il presente. Ma questo presente è diverso da tutti gli altri che lo hanno preceduto per la carica esplosiva delle differenze create dalla distribuzione dei beni. E dunque può valere la pena di riflettere su ciò che ci arriva dall'epoca del passato prossimo, ma anche su quella del passato remoto – l'epoca lontana che possiamo definire come quella databile a "prima dei diritti".

Il punto di riferimento più immediato che si offre a un osservatore italiano è sicuramente quello degli "anni di piombo", come con definizione prestata dalla Germania si indicano di solito quelli del terrorismo e del contrasto al terrorismo del secondo '900. Allora si parlò di anni di piombo. Oggi si parla di "Terrore". Allora si trattò di una vera, grave crisi della società italiana. Oggi abbiamo a che fare con un'entità inafferrabile, fan-

3 J. Chapoutot, *La legge del sangue. Pensare e agire da nazisti*, trad. it. Einaudi, Torino 2016.

tasmatica, almeno in Italia. Eppure in nome della difesa contro il Terrore si avanza un sentimento di allarme che rischia di produrre lesioni concrete nel sistema dei diritti. È sotto gli occhi di tutti il panorama di un Mediterraneo trasformato in un grande cimitero di bambini, di donne e di uomini di nulla colpevoli salvo l'essere nati in Paesi sconvolti e resi trappole mortali dalla politica di un Occidente che dopo la dominazione coloniale ha creato il sistema del neocolonialismo e tutto subordina al potere di sfruttamento delle risorse petrolifere. Ed è per il sospetto di infiltrazione di attentatori jahdisti che si alzano muraglie in tutta Europa e ritornano d'attualità modi di dire e di pensare che credevamo di avere lasciato alle nostre spalle fin dai tempi dell'assedio ottomano di Vienna del 1683.

Credo che sia non inutile richiamare quel tempo e quelle culture perché rischiamo oggi di dimenticare davanti all'emergenza per ora poco più che teorica del Terrore internazionale quello che fu il Terrore italiano: un'esperienza che può offrirci uno specchio attraverso il quale guardare al presente. E devo dire per incominciare che sono stato colpito dal veder comparire su di un libro di storia – quello di Mirko Dondi – il titolo: *Storia della strategia della tensione 1965-1974*⁴. Chi non è giovane ricorderà come con questa espressione fosse indicata allora dalla sinistra extraparlamentare la strategia perseguita da forze oscure reazionarie ed eversive che si immaginavano allora all'opera dietro le bombe e gli attentati, quella strategia che valse alle bombe della strage di Piazza Fontana del 12 dicembre 1969 – un anno epocale della storia italiana – la definizione di «strage di Stato». Ebbene oggi il lavoro dello storico permette di affermare che chi parlava di «stragi di Stato» nella seconda metà del secolo scorso si sbagliava in una cosa sola: parlava di uno Stato unilateralmente schierato contro le classi lavoratrici e i giovani di estrema sinistra. In realtà l'analisi di Dondi mostra come sia sostenibile la tesi di due Stati o due forze politiche dai legami internazionali in lotta tra di loro. La nostra fragile unità statale che non era riuscita a consolidarsi davanti alla prova di una uscita dalla guerra fredda e dallo spettro dell'anticomunismo e aveva mancato col primo governo di centro-sinistra l'appuntamento delle riforme che si dicevano di struttura, fu scossa allora da forze contrapposte alimentate da alleati potenti al di fuori delle nostre frontiere. Se la strage fu indubbiamente di «Stato», non si trattava dello Stato italiano: non c'era uno Stato criminale italiano dietro quella strategia; ce n'erano almeno due: ai quali riconducevano i portatori anonimi e nascosti di interessi contrapposti, servizi segreti e organizzazioni sotterranee dirette dalla politica di una o dell'altra delle due grandi potenze mondiali contro il pericolo o a favore della possi-

4 Mirko Dondi, *Storia della strategia della tensione 1965-1974*, Laterza editore, Roma-Bari 2015.

bilità di un avvento al governo dell'Italia del partito legato all'altra delle due potenze. Fu in questo contesto, di un Paese diviso per l'ennesima volta tra «Francia e Spagna» che ebbero origine le diverse «Gladie», cioè le organizzazioni segrete che si preparavano a combattere per o contro la vittoria di un regime comunista in Italia⁵. Un'epoca che appare lontana solo perché la caduta del muro di Berlino ha lasciato l'Italia nella dimensione di entità marginale nel gioco mondiale del potere, subalterna a una Germania che domina con la sua forza economica e finanziaria la fragile e inefficace macchina dell'unità europea. Ma non è questo il punto che ci interessa. Un'altra scoperta degli studi storici è stata quella dei fondamenti religiosi che c'erano alla base di alcuni movimenti e gruppi terroristici: una indagine di Guido Panvini ha mostrato come alla genesi del terrorismo di gruppi dell'Italia padana e del Trentino si incontrino dottrine del tirannicidio come diritto della resistenza dei cattolici al potere ingiusto che erano state diffuse nell'epoca delle guerre di religione europee⁶. Dunque la religione – anche quella “nostra”, cioè quella cattolica storicamente dominante in Italia – può rivelarsi fonte di violenza politica organizzata fuori della legge e alimentare pratiche terroristiche che non diverse da quelle che ci appaiono oggi nella veste di un'alterità radicale.

Una precisazione linguistica per sgombrare il campo da un fantasma ingombrante: il Terrore è un concetto che non ha nessuna rilevanza in campo giuridico. L'azione del terrorizzare appartiene alla politica: la prima volta che lo incontriamo nella storia è all'altezza della Rivoluzione francese, quando dette il nome a una strategia di controllo della società e di risposta militare a un'aggressione europea. In quella strategia era inclusa la sospensione dei diritti di libertà appena affermati nella Costituzione. È qualcosa che ritroviamo nell'esperienza italiana recente e nella legislazione allora messa in opera contro le brigate rosse. Da lì possiamo capire cosa si muove nel fondo della nostra tradizione quando si comincia a materializzare il paradigma del Terrore. E la prima constatazione è che per garantire la sussistenza dello Stato come garante del monopolio della violenza i primi a entrare in crisi sono proprio i diritti costituzionali. Nascono leggi d'eccezione, c'è una legislazione d'emergenza: i cittadini rinunziano alle loro libertà secondo il modello hobbesiano, perché la loro vita sia garantita. Il che vuol dire che nessun diritto è più garantito. Oggi quel tempo sembra lontano, tanto che

5 Giacomo Pacini, *Le altre Gladio*, ed. Einaudi, Torino 2014.

6 Guido Panvini, *Cattolici e violenza politica. L'altro album di famiglia del terrorismo politico*, edizioni Marsilio, Venezia 2014.

nelle diagnosi e nelle prognosi dell'incombente lotta al Terrore non si fa parola di una esperienza che è stata fondamentale per il nostro Paese e una delle più significative del mondo intero: un episodio certo più confortante di quello che è accaduto nel Paese governato dalla legge, come si definiscono gli Stati Uniti, che si è inventato un territorio fuori legge per praticare la tortura. E non riesce a uscire da quella contraddizione.

Si potrebbe dire che, così come la prima vittima della guerra è la verità, allo stesso modo la prima vittima del Terrore è il diritto, o meglio la pluralità dei diritti del tempo di pace. Non è stato per caso che proprio nell'avvio degli anni di piombo un nostro grande storico del diritto penale, Mario Sbriccoli, dette alle stampe un libro dal titolo: *Crimen lesae maiestatis*. Sbriccoli, risalendo alle fonti originarie del «*crimen lesa maiestatis*» come reato politico, mostrò quanta ragione avesse Francesco Carrara quando si rifiutava di analizzare per i suoi studenti del corso di diritto penale quella speciale figura di reato – un reato privo di una fattispecie propria, risolto tutto nella volontà del potente, modificabile a piacere dal potere esistente per usarlo contro chiunque ne minacciasse l'arbitrio. Si trattò allora di un fenomeno italiano, anche se non privo di analogie coi problemi che si ebbero allora in altri Paesi (per esempio la Germania). E la stessa legislazione messa in opera si trovò in imbarazzo davanti all'uso della categoria «terrorismo». Come ha osservato Tullio Padovani, la non trasparenza della definizione portò alla necessità di eliminare il termine stesso nella legge di conversione del decreto legge del '79⁷. E poiché è emerso il nome di Padovani, va detto che la sua decisa utilizzazione del saggio celebre di Carl Schmitt (*Il concetto del politico*) per definire che cosa debba intendersi per terrorismo e per individuare nel terrorista il «nemico» (*der Fremde*) è un contributo fondamentale per chiunque deve riflettere su questa materia, a prescindere dalle divisioni del lavoro intellettuale.

Certo, oggi il quadro si è profondamente modificato rispetto a quegli anni: il carattere internazionale del conflitto che è stato inaugurato – non dimentichiamolo – dalla sciagurata dichiarazione di guerra all'Irak da parte dell'amministrazione americana di George Bush jr, ha inserito il nostro Paese in un più vasto sistema e il diritto penale del nemico ha finito col costituire l'altra faccia di una guerra guerreggiata. Il risultato è stato quello di rafforzare la stretta parentela fra politica e guerra individuata dalla celebre definizione di von Clausewitz. Questa trasformazione delle dimensioni del terrorismo non sembra aver portato a una alterazione sostanziale della nostra legislazione

7 T. Padovani, *Giustizia criminale*, 4. *Diritto penale del nemico*, Pisa University Press 2014, 262.

in materia ma semmai a rendere urgente un collegamento adeguato dei nostri sistemi di informazione e di intervento di tutela con quelli esistenti a livello mondiale e specificamente con quelli dell'amministrazione centrale dell'Europa Unita. Anche perché nell'esperienza quotidiana dei nostri apparati di giustizia si affacciano problemi nuovi in conseguenza delle dimensioni sovrastatali del territorio minacciato da attentati. Abbiamo sentito avanzarsi qui dei dubbi sul da farsi nel caso di comportamenti in sé non terroristici (viaggiatori provenienti dalla Siria, con registrazioni di esecuzioni dell'Isis sui cellulari) ma che potrebbero essere materia per fermi, controlli, interrogatori. E sullo sfondo torna a prendere una qualche forma il problema di fondo antico e moderno: come accertare le intenzioni del sospettato, come entrare nel segreto della coscienza? Si può ricorrere alla forza per esplorare convinzioni e pensieri, per conoscere in tempo utile disegni terroristici prima che si realizzino? Quella che ci sta davanti è la questione della liceità della tortura, o almeno di una sua limitata legalizzazione.

Di fatto ancora una volta l'ombra del Terrore agisce dall'interno dell'elaborazione penalistica configurando di continuo comportamenti da criminalizzare che normalmente apparterrebbero all'esercizio di libertà fondamentali: libertà di viaggiare, di conoscere, di raccogliere informazioni, di entrare in contatto con altre genti e altre culture. Tutte queste sono cose che conosciamo dalla storia. E che si riproducono in forme adattate alle diverse contingenze. L'onda lunga della critica illuministica ha fatto maturare nella cultura europea una critica della tortura che ha portato alla sua abolizione come strumento abituale di amministrazione della giustizia. Ma intanto la tortura torna utile proprio nella lotta contro il Terrore: la proposta più mite è quella di Alan Dershowitz che presuppone per l'uso della tortura una situazione di rischio estremo collettivo – la bomba a orologeria, il ticchettio dell'orologio e l'interrogatorio in atto di un sospetto membro dell'attacco terroristico. Noi sappiamo in realtà che può bastare molto meno: all'epoca del sequestro del generale americano Dozier si fece ricorso alla tortura dell'acqua, il *water drowning* usato normalmente a Guantanamo e il risultato premiò i torturatori. Scivolare sul terreno dei diritti e imporre la pratica della forza è una tentazione che non trova molta resistenza da noi, anche per la mancata formalizzazione del reato di tortura. Come sappiamo, l'Italia è finita sotto accusa per i ricorrenti abusi delle forze dell'ordine su malcapitati, dal G8 al caso Cucchi agli altri che si sono via via accumulati. Grazie alla condanna della Camera europea dei diritti umani c'è perfino un progetto di legge che si trascina tra i due rami del Parlamento. Non andrà in porto e se lo farà è prevedibile che sarà in forma depotenziata e del tutto inservibile per non urtare i corpi di polizia. E questo ci porta davanti all'altro protagonista antico della realtà statale italiana, insieme al sistema giudiziario e alle garanzie costituzionali. Un protagonista – l'agente di polizia,

ogni membro di corpi di ordine pubblico, perfino il medico che opera in ambulatori di carceri – che rassicura il cittadino impaurito perché usa la forza dello Stato e lo fa in modo tanto più efficace quanto meno ostacolato dai diritti individuali.

Siamo davanti a fragilità antiche della nostra società. Fragilità che preoccupano chi pensa che la guerra al Terrore può essere vinta solo grazie a una forte tenuta collettiva, a una saldezza sostanziale del legame civile capace di isolare e sconfiggere le pulsioni distruttive di minoranze più o meno organizzate. Ed ecco ancora una ragione per ricordare quale sia stata l'esperienza italiana degli anni di piombo. È giusto che la magistratura si fregi dei molti meriti che le spettano a questo proposito: e l'elenco delle vittime del terrore degli anni di piombo riportato in appendice al volume di testimonianza di Armando Spataro parla chiaro in materia⁸. Ma l'analisi di quello che accadde allora ci dice che la minaccia del conflitto armato contro lo Stato fu sconfitta da una resistenza collettiva della società della quale la tenuta speciale dimostrata allora da magistrati e avvocati fu parte significativa, come lo fu quella dei partiti della sinistra e dei sindacati. Solo quando fu chiaro che la partita era perduta cominciarono le defezioni, i pentimenti e il generale senso di guerra perduta che portò la minoranza dei combattenti a uscire dalla clandestinità e a consegnarsi, sia pur patteggiando la resa.

Certo, quella esperienza ha da dirci anche qualcosa di meno positivo. Intanto il vocabolario della giustizia di allora ci pone davanti all'emergere di una strumentazione mentale remota, rimasta sepolta appena sotto la superficie della modernità italiana: quella delle convinzioni religiose e delle pratiche di evacuazione del male dei secoli medievali. Tale fu il caso della elaborazione di una legge per i pentiti e delle forme elaborate per misurare l'efficacia del pentimento, che portò di nuovo in auge termini e modi di pensare che erano nati nei secoli della storia moderna italiana negli spazi coperti dal tribunale ecclesiastico della penitenza e da quello sempre ecclesiastico dell'Inquisizione dell'eretica pravità. Non è questo il luogo per riassumere le tante ricerche storiche esistenti che hanno illuminato l'oscuro fondo da cui sono emersi in un momento di emergenza questi linguaggi. Ricorderò solo che la creazione della Congregazione romana del Santo Uffizio della Inquisizione fortemente voluta dal cardinal Gian Pietro Carafa poi papa Paolo IV dette vita a un tribunale supremo dotato di giurisdizione su tutta la rete dei minori uffici locali dell'Inquisizione nei diversi stati italiani. E fu lo stesso Papa a varare nel 1559 il sistema integrato confessione-inquisizione, che impo-

8 A. Spataro, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Laterza, Roma-Bari 2010, 576.

neva accanto all'obbligo della confessione sacramentale quello di una interrogazione in materia di libri e idee ereticali che trasformava il cristiano penitente nel segreto del foro confessionale in un delatore. Da allora l'Italia ebbe una sua prima unificazione giudiziaria precedente a ogni altra forma legale e costituzionale di unità politica: un tribunale supremo a Roma a cui i diversi governi statali si inchinarono quando fu richiesto loro di estradare eretici da processare. La speciale natura del dominio papale sull'Italia che Niccolò Machiavelli aveva chiaramente delineato – capace di impedire ad altri di creare uno Stato italiano, ma incapace di unificare politicamente l'Italia – dette alla presenza della Chiesa cattolica nella società italiana quel carattere che Antonio Gramsci definì col termine «egemonia»: un potere fatto di persuasione e di disciplina, di cultura e di identità, mediato dall'alleanza coi poteri politici e sociali, quelli dei sovrani e delle classi dirigenti. La formula inventata da Giovanni Botero nella sua celebrata Ragion di Stato (1584) è degna di essere tenuta ben presente: la religione era utile al principe perché gli legava non solo i corpi ma anche le anime dei sudditi, avanzando così la candidatura dell'altare come alleato del trono. Questa fu la forma con cui la Chiesa cattolica si assicurò l'alleanza coi poteri politici dei Paesi cattolici, mettendo al loro servizio la sua capacità di svolgere un'opera di "disciplina sociale" per un'etica dell'obbedienza al potere. E qui si dovrebbero indicare almeno in sintesi i momenti e le forme del riaffiorare di quel lontano passato e il suo scontrarsi con gli effetti di una apertura al mondo conseguente alla modernizzazione accelerata dell'economia e dei consumi nel dopoguerra. Si è trattato di un processo faticoso e complicato che ha visto momenti di scontro politico e culturale ogni volta che il sistema delle leggi e dei diritti si è dovuto allargare per effetto di un voto referendario che ha imposto all'apparato di governo e alle gerarchie ecclesiastiche sovrastanti dei passi indietro. Ma intanto la resistenza di culture radicate da secoli nel costume italiano ha trovato espressione nel fondo religioso e negli argomenti teologici dei circoli dove maturarono i primi animatori delle BR. E dall'altra parte non si può ignorare del resto che una funzione decisiva nel riflusso del terrorismo e nel recupero dei terroristi, anche di quelli "dissociati" senza "pentimento", è stata svolta da personaggi come il cardinale milanese Carlo Maria Martini con l'opera svolta nel segreto delle carceri – un mondo nel quale l'attività di un cattolico di fede come il senatore Mario Gozzini lasciò una traccia fondamentale offrendo la via d'uscita dall'imbarbarimento delle istituzioni.

Di fatto è stato nel momento dell'attacco armato allo Stato, negli anni di piombo che la presenza profonda della Chiesa della Controriforma si è manifestata in molti modi: il più drammatico fu certamente il modo in cui i rappresentanti dei partiti e dei poteri statali si raccolsero intorno al corpo di Aldo Moro per ascoltare la reprimenda

di un potere papale tornato a occupare la sua posizione egemonica, di alta sovranità del sistema italico. Ma sarebbe sbagliato trascurare intanto il modo in cui una cultura profondamente controriformistica alimentò allora sia le pulsioni giustizialiste di un movimento giovanile cresciuto in cenacoli cattolici sia le risposte di un sistema giudiziario e poliziesco che riscoprì parole come “ravvedimento”, “pentiti”, e così via. E intanto l’antica pratica inquisitoriale dell’abiura e della delazione si travestì con panni laici ma non riuscì a evitare del tutto i corti circuiti dell’arbitrio e del ricorso alla tortura nel segreto delle carceri.

Molti altri fattori hanno contribuito alla conclusione positiva della più grave crisi italiana del secondo ‘900. Ma la funzione svolta nel sistema dell’ordine pubblico e nel linguaggio della legge dalla religione, quella cattolica controriformistica, ricade in qualche modo all’interno della domanda di Jurgen Habermas: se lo Stato liberale viva di presupposti normativi che esso stesso non è in grado di garantire. Resta ancora la speranza che la pur zoppicante e insoddisfacente Unione europea regali almeno alle nostre istituzioni giudiziarie e alla cultura dei diritti umani del nostro Paese quella spinta che finora le è mancata per collocarsi all’altezza dei problemi della nostra epoca.

Terrorismo e diritti della persona*

di *Andrea Pertici*

1. Il terrore e la sicurezza

Il terrorismo, inteso come attività volta a procurare terrore per ragioni politiche o comunque ideologiche¹, ha assunto, in questo secolo, una maggiore diffusione a livello internazionale, con particolare riferimento a quello di matrice islamista. Le manifestazioni di esso sono ormai numerose: dall'attentato al *World trade center* di New York l'11 settembre 2001, a quelli di Madrid (11 marzo 2004), Londra (7 luglio 2005), Parigi (7 gennaio 2015 e 13 novembre 2015), Bruxelles (22 marzo 2016), ma la lista è certamente ben più ampia².

* Il testo della relazione è pervenuto nel mese di agosto 2016.

1 Per brevità, il presente scritto non si sofferma sulla annosa questione della definizione del terrorismo, su cui, nell'ambito del medesimo seminario, si rinvia alla relazione di Umberto Curi (il testo scritto della relazione non è pervenuto, l'intervento orale può essere ascoltato nella registrazione del seminario effettuata da Radio Radicale, www.radioradicale.it/scheda/469257/terrorismo-internazionale-politiche-della-sicurezza-diritti-fondamentali-prima, n.d.r.) Altra cosa, naturalmente, è la definizione dei reati terroristici, su cui è intervenuta la decisione quadro 2002/475/GAI, ripresa dall'art. 270 *sexies* cp, ai sensi del quale «sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia».

2 Il *Global terrorism database* curato dalla University of Maryland – e utilizzato per generare il *Global terrorism index* – ha censito, dal 1970 al 2014, 140.000 casi di attacco terroristico nel mondo, circa

Il terrorismo incute, appunto, paura, sentimento dal quale – afferma il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (secondo considerato) – gli esseri umani devono essere liberi. Anzi, un mondo in cui tutti possano essere liberi dalla paura e dal bisogno e godere della libertà di parola e di credo è considerato la «la più alta aspirazione dell'uomo», al fine di raggiungere la quale sono proclamati i diritti fondamentali che seguono nella stessa Dichiarazione.

Quindi, la libertà dalla paura si realizza con il riconoscimento e la tutela dei diritti degli Stati, a partire dalle loro Costituzioni, e da parte della comunità internazionale, con le proprie organizzazioni (a partire, appunto, dall'Onu) e le proprie carte fondamentali, che garantiscono così la sicurezza delle persone sottoposte alla loro giurisdizione.

2. La garanzia della sicurezza e la tutela dei diritti: una falsa contrapposizione

La contrapposizione tra la tutela dei diritti e la garanzia della sicurezza delle persone, quindi, sembra essere frutto di un equivoco, talvolta alimentato dagli stessi governi degli Stati al fine di limitare alcune libertà individuali³ o – sul piano internazionale – da alcuni Stati al fine di accrescere o consolidare la propria potenza, sottraendosi alle limitazioni poste dalle stesse Convenzioni internazionali.

La sicurezza è, infatti, anzitutto, «sicurezza dei diritti» e il «diritto alla sicurezza», al quale fanno riferimento alcune Carte internazionali (in particolare, l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 5 della Cedu) unitamente al «diritto

la metà dei quali dal 1994 ad oggi, ma con una particolare crescita nel 2012 e nel 2013. Questi numeri, tuttavia, fanno riferimento ad episodi davvero molto lontani tra loro, dal punto di vista della tipologia e della gravità e certamente fanno riferimento a una nozione ampia di terrorismo. In proposito, limitatamente all'esperienza italiana, G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 172 ss. ha ripreso dalla rivista *Gnosis* gli episodi classificati (nel caso per gli anni 2011 e 2012) come attentati terroristici, che comprendono, tra l'altro, un attentato incendiario contro un Mc Donald's e il tentativo di un gruppo di animalisti di bloccare un carico di animali che venivano trasportati al macello.

3 Sul punto cfr. anche G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 15, il quale nota infatti come «un pericolo sconosciuto ma plasmabile attraverso i mezzi di comunicazione è uno strumento formidabile di politica interna nelle mani di un arrivista di talento».

alla libertà» è da intendere come garanzia da «arbitrarie interferenze della pubblica autorità nella libertà di un individuo»⁴. In Italia, parte della dottrina ha individuato il «diritto alla sicurezza», come diritto costituzionale che assume *oggi* (sembrando dover essere quindi inserito tra i diritti «nuovi») «uno *status* giuridico in parte autonomo – come diritto a un’esistenza protetta, indispensabile ad altri diritti di cui un soggetto è titolare – e in parte indiretto, nel senso che è complementare agli altri diritti, ovvero come istanza radicata nella nozione di benessere e di qualità della vita, collettiva e individuale»⁵. E ciò proprio in ragione del fatto che la società contemporanea è sempre più a rischio.

In realtà, sembra che la sicurezza, nello Stato democratico costituzionale, non integri un diritto autonomo, ma rappresenti la condizione necessaria all’esercizio dei diritti, consistendo, in ultima analisi, nella protezione dei principi e i diritti sanciti dalla Costituzione (rigida), attraverso i quali è assicurata la tutela dei beni (a partire dalla vita per proseguire con gli altri, materiali e immateriali: sono infatti riconosciuti il diritto alla vita e all’incolumità personale, la libertà e la sicurezza personale, il diritto di proprietà, ma anche – quanto ai beni immateriali – la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto alla riservatezza, quello di professare liberamente la propria fede ecc.) e che quindi sia più corretto parlare, piuttosto che di «diritto alla sicurezza», di «sicurezza dei diritti»⁶, anche riprendendo quanto affermato dalla Corte costituzionale sin dalle sua più risalente giurisprudenza, quando definì la sicurezza, appunto, come «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il paci-

4 M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, 315. Sul Punto cfr. anche M. Pisanì, *Art. 5 - Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 117 s.

5 T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it, 2006. Essenzialmente nello stesso senso, E. Marzaduri, *La disciplina di contrasto del terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in *Leg. pen.*, 2005, 419 ss.

6 In tal senso, A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. Palma – S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001; M. Ruotolo, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in www.democraziaesicurezza.it, n. 2/2013. Esclude la possibilità di configurare un «diritto alla sicurezza» anche A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in www.rivistaaiic.it, n. 1/2015.

fico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza»⁷.

Piani o azioni violente, in particolare se condotte con modalità terroristiche, possono rischiare di mettere a repentaglio i diritti ed i beni sottesi, o – detto altrimenti – minare la sicurezza degli stessi, e questo può determinare, da parte degli Stati e delle organizzazioni internazionali alle quali essi partecipano⁸, particolari, straordinarie, reazioni, con la previsione di norme eccezionali⁹.

7 Cfr. sent. n. 2 del 1956, in cui si precisa poi anche che la «sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'ordinato vivere civile», che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».

8 Il ruolo delle organizzazioni internazionali assume, naturalmente, particolare rilievo a fronte del carattere internazionale assunto dal fenomeno, che implica la necessità di un contrasto coordinato tra gli Stati interessati, che sono praticamente – e potenzialmente – quasi tutti. L'Onu ha infatti elaborato, tra il 1963 e il 2010, diciannove convenzioni per prevenire atti terroristici www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml.

Il ruolo delle Nazioni unite, con la *global counter terrorism strategy* (di cui alle risoluzioni 1373/2001 e 1624/2005, con l'istituzione di un Comitato al quale è stato affidato il compito di assistere gli Stati nella lotta al terrorismo) è risultato rivolto a contenere e ricondurre maggiormente in un ambito di legalità internazionale la *global war on terrorism* ingaggiata dagli Stati Uniti soprattutto con il presidente Bush all'indomani degli attentati dell'11 settembre 2001.

9 Talvolta, in realtà, e non da oggi, a fronte di situazioni di pericolo, è stata invocata anche la presenza di «uomini eccezionali» ai quali affidare il Governo, in quanto gli unici ritenuti capaci di mantenere la sicurezza. In fondo, le ipotesi di «dittatura commissaria» (conosciuta sin dall'antica Roma) mirano proprio a tenere insieme la deroga alla normale attribuzione dei poteri (con evidente incisione sui diritti – e i doveri – delle persone) e l'esercizio degli stessi da parte di persone ritenute adatte. Certamente un ordinamento di giovane democrazia potrebbe cedere alla tentazione di affidarsi a «uomini eccezionali» (se non ad un solo «uomo eccezionale») più facilmente di quanto non avvenga in una democrazia matura, con il rischio sempre presente – anche recentemente ricordato da G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 180 – di scivolamento della «dittatura commissaria» nella «dittatura sovrana» (per riprendere Schmitt). Tuttavia, anche nell'ambito degli Stati di «democrazia stabilizzata» (secondo la definizione di Biscaretti di Ruffia), situazioni eccezionali, in particolare date dal terrorismo, possono condizionare le opzioni politiche a disposizione dei cittadini, spesso attraverso il richiamo alla necessità di stabilità del Governo, in realtà invocata ormai a fronte di qualunque difficoltà (in questo senso, ad esempio, l'Amministrazione Bush, che aveva assunto il proprio primo mandato a seguito di elezioni contestate, ottenne una maggiore stabilità a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001 e della *global war on terrorism*, su cui torneremo).

Questo – in uno Stato di diritto costituzionale – deve avvenire, a nostro avviso, sempre e comunque nel rispetto della Costituzione, che è – afferma la Corte Suprema nella decisione *ex parte Milligan* del 1866 – «una legge per i governanti e per il popolo sia in tempo di guerra sia in tempi di pace e copre con lo scudo della sua protezione tutte le classi di uomini, in ogni tempo e in ogni circostanza. Mai fu concepita dall'intelletto umano una dottrina con conseguenze più deleterie di quella che implica che ogni sua disposizione possa essere sospesa nell'ambito di una qualunque emergenza di rilievo dal governo [...] la teoria della necessità su cui si fonda è falsa: la Costituzione, infatti, conferisce al governo tutti i poteri che gli occorrono per garantire la propria sopravvivenza»¹⁰.

In effetti, a fronte di azioni terroristiche, spesso sono invocate l'eccezionalità, l'emergenza e la necessità di conseguenti poteri straordinari, in alcuni casi paragonabili a quelli normalmente riservati a situazioni di guerra, nonostante concordiamo con la necessità di mantenere una chiara distinzione tra le due ipotesi¹¹, a differenza di quanto sia avvenuto a partire dall'11 settembre 2001, soprattutto con l'impostazione impressa dal presidente George W. Bush, con la *global war on terrorism*, combattuta dagli Stati Uniti e dai loro alleati, e continuino a ritenere, con sconcertante approssimazione, alcuni capi di Stato e di Governo¹².

Ora, fermo restando che può essere necessario porre in essere azioni specifiche e di prevedere norme meglio in grado di fronteggiare l'emergenza o comunque una situazione eccezionale, sulla base di quanto poco sopra detto, tutto questo deve avvenire nei limiti della Costituzione (eventualmente come operanti in ragione dell'inseri-

10 U.S. Supreme Court, *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.), 2 (1866).

11 La guerra, infatti, è un «violento contatto di entità distinte, ma simili» (Q. Wright, *A study of War*, University of Chicago Press, Chicago, 1942), mentre il terrorismo si pone al di fuori di questo ambito, realizzando crimini ai quali si deve rispondere non con la guerra ma con il diritto, come ha precisato L. Ferrajoli, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in questo e-book.

12 In tal senso, ad esempio, si sono espressi il presidente francese Hollande, di fronte alle Camere, il 16 novembre 2015, e poi il primo ministro francese Valls, alla Conferenza sulla sicurezza del 13 febbraio 2016. Ricordiamo inoltre la teorizzazione della «guerra infinita» di Bush, che il 13 novembre 2001 aveva emanato un *military order* in cui si stabiliva l'esistenza di uno «*state of armed conflict*» contro i terroristi internazionali e Al-Qaeda.

mento dello Stato nell'ambito del contesto internazionale¹³), il superamento dei quali costituisce un rovesciamento dello stesso ordinamento, proprio mentre lo si dovrebbe proteggere con particolare cura, attenzione e forza. Solo rispettando questi limiti si può riuscire a perseguire lo scopo di tutela della sicurezza (dei diritti e dei beni ad essi sottesi). Infatti, come è stato recentemente ben detto, «il terrorismo difficilmente può giungere a rovesciare un regime democratico. Più facilmente la necessità di difendere la democrazia contro la minaccia di un pericolo esterno e misterioso può facilitare l'ascesa al potere di chi avrebbe dovuto difendere le istituzioni»¹⁴.

3. Il contrasto alla violenza terroristica: gli “stati d’eccezione” e la limitazione dei diritti

In effetti, a fronte della straordinaria violenza del terrorismo, capace di mettere a rischio i diritti posti a tutela dei beni della vita, gli Stati hanno reagito con misure eccezionali, a loro volta incidenti negativamente sulla definizione, l'applicazione e la tutela dei suddetti diritti, o almeno su alcuni tra questi. Ciò è avvenuto secondo modalità contestabili – come vedremo meglio – da diversi punti di vista a partire da quelli della attualità del pericolo e della proporzionalità¹⁵ e ragionevolezza della reazione (che talvolta, trattandosi, appunto, di misure preventive, non può probabilmente neppure definirsi propriamente tale), in violazione non solo della legge (nei casi di decisioni adottate con atti che alle stesse debbono attenersi) ma anche delle Costituzioni, delle tradizioni costituzionali comuni e delle Carte internazionali.

Ora, come noto, c'è un'ampia letteratura che, facendo riferimento agli stati “di necessità” o “di emergenza”, ritiene che, a fronte di questi, i pubblici poteri possano assu-

13 Ricordiamo, infatti, che l'Italia, in virtù dell'art. 11 Cost. *ripudia* la guerra, come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali e, in condizioni di parità con gli altri Stati, *consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni*. Sul significato della disposizione rispetto alle «torsioni» della Costituzione rispetto all'adozione di misure di contrasto al terrorismo internazionale (e, di conseguenza, poi, anche nazionale) si è soffermato piuttosto di recente G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 207 ss.

14 G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 18.

15 Cfr. in particolare Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside vs. U.K.*, 7 dicembre 1976.

mere determinazioni volte a sospendere e/o a derogare l'ordinario esercizio dei poteri e il rispetto dei principi fondamentali e dei diritti della persona previsti dall'ordinamento.

Senza pretesa di ripercorrere qui tutte le delicate questioni che si sono poste in merito¹⁶, sia sul piano teorico che poi nelle concrete applicazioni che si sono storicamente realizzate, ci pare di dover premettere che gli ordinamenti contemporanei sono normalmente a Costituzione rigida (a differenza di molti nei quali gli stati di emergenza o di eccezione sono stati dichiarati nel corso della storia). In presenza di una Costituzione rigida non è possibile fare ricorso a uno “stato di eccezione”, come, ad esempio, lo “stato d’assedio” del periodo del Regno d’Italia, capace di travolgere l’ordinario assetto dei poteri (e in particolare della separazione tra questi) e la tutela (costituzionale) dei diritti fondamentali, se non eventualmente – e con tutti i limiti che vedremo – quando (e nella misura in cui) ciò risulti espressamente contemplato dalla Costituzione stessa. D'altronde, fonti subordinate potranno adottare misure eccezionali che rispettino i limiti della Costituzione stessa.

Ove deroghe (in quanto tali temporanee e legate ad un'eccezione) siano autorizzate dalla stessa Costituzione si pongono ad ogni modo problemi di determinatezza della situazione in cui ciò possa verificarsi: infatti, naturalmente, è lo stesso concetto di «eccezione» a non consentirne agevolmente una precisa delimitazione¹⁷, che tuttavia dovrà essere quanto più possibile definita per non risolversi in un lasciapassare al rovesciamento dell'ordinamento costituzionale, seppure temporaneo¹⁸.

In proposito, deve tuttavia precisarsi che, in alcuni ordinamenti, è prevista – normalmente a livello costituzionale¹⁹ – la possibilità di proclamare, in presenza di situa-

16 Su cui cfr. in particolare V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, ma più di recente, ad esempio, anche A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza*, Giappichelli, Torino, 2011.

17 Sul punto cfr. anche G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit.

18 La temporaneità, peraltro, è solo relativamente rassicurante, anche per la già ricordata (nota 9) tendenza della «dittatura commissaria», che – per dirla con N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, 189 – prevede «i pieni poteri come istituzione prevista dalla Costituzione», a farsi «dittatura sovrana», cioè quella in cui «i pieni poteri [sono] assunti al di fuori della Costituzione dal capo destinato a rovesciare l'antico regime e instaurare il nuovo».

19 In tal senso cfr. C. Esposito, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e “altre” leggi*

zioni impreviste ed imprevedibili o comunque emergenziali, uno “stato d’eccezione”²⁰ (variamente denominato e declinato²¹), che altera – temporaneamente e in deroga – le normali modalità di esercizio dei pubblici poteri, con differenze a seconda di quanto previsto nei singoli ordinamenti, anche a detrimento dello stesso principio democratico (in assenza del quale lo stesso ragionamento sulla tutela dei diritti si sviluppa difficilmente), tanto che è stato affermato che con la sua adozione lo Stato nega se stesso²². In proposito, lo “stato d’eccezione” può essere meglio armonizzato con un ordinamento democratico se la sua previsione costituzionale prevede comunque la presenza di limiti invalicabili all’esercizio dei pubblici poteri anche nell’emergenza²³, da un punto di vista sostanziale stabilendo, ad esempio, che sia in ogni caso necessario rispettare determinati diritti, come è stabilito anche nell’art. 15 della Cedu, e dal punto di vista sostanziale regolando precisamente le procedure di avvio e conclusione del periodo di eccezione e prevedendo la presenza di istituzioni in grado di controllare chi ha poteri eccezionali.

In sostanza, una situazione eccezionale da un punto di vista *di fatto* è resa rilevante *in diritto* da una previsione normativa (tendenzialmente di livello costituzionale²⁴), al

costituzionali, in *Raccolta di scritti in onore di C.A. Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, 189 ss.

In Francia, tuttavia, attualmente – e salvo quanto diremo tra poco – lo stato di emergenza è disciplinato con legge ordinaria n. 55-385 del 3 aprile 1955 e prevede, «nei casi di pericolo imminente risultanti da gravi problemi di ordine pubblico, o nel caso di calamità o eventi di eccezionale rilevanza e gravità», la possibilità di adottare misure limitative della libertà di circolazione, della libertà personale e di domicilio e della libertà di stampa.

²⁰ In proposito può rinviarsi, per tutti, ad A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, in *Enc. sc. soc.*, Roma, 1993, 551 ss., il quale distingue tra emergenze di ordine pubblico (tra cui si annovera quella terroristica), causate dalla criminalità organizzata, catastrofi naturali ed emergenze economiche.

²¹ Le definizioni sono varie e vanno dallo “stato d’emergenza” allo “stato d’assedio” a quello “di tensione”, ecc.

²² L. Ferrajoli, *op. cit.*

²³ Per alcune specificazioni circa i diversi ordinamenti, anche rispetto ai limiti previsti può rinviarsi, ad esempio, a G. Rolla, *Profili costituzionali dell’emergenza*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015.

²⁴ Ciò è necessario, naturalmente, se le deroghe (rispetto all’esercizio dei poteri e alla tutela dei diritti) debbono porsi rispetto a quanto stabilito nella Costituzione (sempre nei limiti in cui essa risulti dero-

fine di consentire forme di esercizio del potere diverse rispetto a quelle ordinarie e conseguentemente di offrire ai diritti, anche fondamentali (o ad alcuni di essi), una tutela differente – e più limitata – rispetto a quella generalmente stabilita, essendo questa comunque la migliore che l'ordinamento costituzionale (“deformato” dallo “stato d’eccezione”) può garantire alle persone soggette alla propria giurisdizione nella situazione data, onde evitare il rischio che i diritti stessi siano compromessi dall’esercizio – con successo – della violenza terroristica. Naturalmente, se questa alterazione nell’esercizio dei poteri e nella tutela dei diritti divenisse stabile, lo Stato risulterebbe sconfitto, essendo riuscito il terrorismo ad alterare (almeno in parte) il carattere (pienamente) democratico dell’ordinamento con la conseguente (piena) tutela dei diritti, tanto che in alcuni casi episodi terroristici potrebbero essere posti in essere anche proprio al fine di arrivare all’esercizio di poteri eccezionali²⁵.

Alcuni ordinamenti prevedono varie forme di “stato d’eccezione”²⁶, sconosciuto alla Costituzione italiana del 1947, che pure non ha poi introdotto l’esplicito divieto di stato d’assedio che era stato previsto, in sede di Assemblea costituente, da parte della I sottocommissione, nella seduta dell’11 gennaio 1947. Il divieto inizialmente previsto era risultato dalla discussione circa la possibilità di introdurre lo “stato d’assedio”, contemplato in Italia in base alla legge di pubblica sicurezza del 1926 e poi ripreso dal testo unico del 1931, ma utilizzato già in precedenza, pur senza una espressa previsione di legge. Contro questa possibilità deponevano sia l’esperienza della Costituzione di Weimar, in cui la previsione di attribuzione al presidente del Reich del potere di adottare tutte le misure necessarie per ristabilire la sicurezza e l’ordine pubblico aveva «spiana-

gabile e quindi non in relazione alle disposizioni immutabili, ove – come nel caso della Costituzione italiana – vi siano).

²⁵ In tal senso, si potrebbe ricordare che in relazione alla strage di piazza Fontana del dicembre 1969, il pentito Vincenzo Vinciguerra ha riferito che essa «doveva essere il detonatore che avrebbe consentito a determinate autorità politiche e militari la proclamazione dello stato d’emergenza», che – contrariamente alle aspettative – non fu però proclamato dal presidente del Consiglio dei ministri Rumor: cfr. G.M. Bellu, *Strage di Piazza Fontana spunta un agente Usa*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 1998.

²⁶ Ad esempio, la Legge fondamentale tedesca prevede lo “stato di tensione” (art. 80-a), introdotto nel 1968) e lo “stato di difesa” (titolo X-a), entrambi aggiunti nel 1968. Per un riepilogo degli ordinamenti europei, può farsi adesso riferimento all’*Étude de droit comparé* realizzato dal Senato francese nel marzo 2016: www.senat.fr/lc/lc264/lc264.pdf.

to la via alla dittatura»²⁷, sia il timore che la recente esperienza nazionale ingenerava rispetto a qualunque misura che potesse prestarsi a legittimare comportamenti arbitrari del Governo²⁸. Alla fine, la Costituzione repubblicana ha quindi limitato le ipotesi derogatorie rispetto alla ordinaria distribuzione delle funzioni allo “stato di guerra” (nel qual caso, peraltro, con la deliberazione del Parlamento, vengono conferiti al Governo i poteri “necessari” e non “pieni poteri”²⁹) che tuttavia sembra da considerare attivabile soltanto in caso di veri e propri conflitti bellici tra Stati³⁰, e l’ipotesi del decreto legge, adottabile dal Governo in (non meglio definiti) casi straordinari di necessità e urgenza, senza che tuttavia questo possa determinare alcuna sospensione delle libertà fondamentali riconosciute e tutelate dalla Costituzione³¹ (almeno nei limiti in cui esse

27 Così, in particolare, l’on. Vincenzo La Rocca (PCI), seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 5 settembre 1946.

28 B. Cherchi, *Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell’Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1221 ss.; G. Rolla, *Profili costituzionali dell’emergenza*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015;

29 Sul punto cfr. A. Giardina, *Art. 78*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, continuato da A. Pizzorusso, 1979, 94 ss.

30 Per questa lettura restrittiva, cfr. P. Grasso, *I problemi giuridici dello “stato d’assedio” nell’ordinamento italiano*, Padova, 1959, 130 ss. e più di recente G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 196, mentre F. Modugno – D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell’ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1988, 513 ss. hanno ritenuto applicabile la previsione anche allo stato di assedio o alla guerra civile, e, più recentemente, P. Bonetti, *Terrorismo emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna, 2006, 218 ss., facendo leva sul dovere di difesa della patria, alle «ipotesi in cui l’emergenza terroristica o meno abbia caratteristiche così eccezionali di pericolosità generalizzata o di grave violazione diffusa dei diritti e dei beni costituzionalmente garantiti o di minaccia per il funzionamento dei pubblici poteri [...] che altri strumenti utilizzabili appaiono inadeguati».

31 In realtà, nell’interrogarsi sugli spazi entro cui un decreto legge potrebbe eventualmente – in caso di «grave emergenza» – derogare a norme costituzionali, F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997, 168 s. ipotizza che, accedendo alla tesi minoritaria (formulata da Esposito) per cui il decreto-legge sarebbe comunque un atto illegittimo, si potrebbe poi pensare a una sua conversione in legge costituzionale, che sanerebbe, in questo caso, anche la violazione della Costituzione. Tuttavia, lo stesso Autore riconosce che si tratta di una tesi ardita, alla quale si oppongono difficoltà anche procedurali, date dalla necessità che la conversione avvenga

sono ivi direttamente disciplinate)³². Mentre il primo non è mai stato utilizzato, al secondo si è fatto ricorso così di frequente³³ da non coglierne più la portata effettivamente eccezionale, che mette nelle mani del Governo italiano uno strumento di cui gli altri Esecutivi non dispongono (e che pure anche la legge costituzionale in attesa di essere sottoposta – per la conferma o no – a *referendum* popolare ha deciso di mantenere, pur attribuendo al Governo anche un vero e proprio strumento di legislazione accelerata come quello del voto a data certa).

Tra i casi di dichiarazione dello “stato di emergenza” assume oggi particolare rilievo quello francese. Infatti, in quest’ordinamento *l’état d’urgence* può essere dichiarato, per il caso di un pericolo derivante da gravi violazioni dell’ordine pubblico, in base alla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. Rispetto a questo quindi non vi è alcuna previsione nella Costituzione, che pure non lesina, in altre circostanze, il ricorso a poteri eccezionali³⁴, seppure sia stato compiuto un tentativo di costituzionalizzazione³⁵, al quale, tuttavia, il presidente Hollande ha recentemente deciso di rinunciare in

entro sessanta giorni, che rappresentano un termine incompatibile con il procedimento di cui all’art. 138 Cost., senza considerare che dal punto di vista sostanziale sarebbe comunque necessario verificare il rispetto del “nucleo duro” dei diritti fondamentali.

32 G.L. Conti, *Lotta al terrorismo*, cit., 191 ss..

33 Nella XVII legislatura, dal 15 marzo 2013 al 15 giugno 2016, sono stati adottati 78 decreti legge, cioè circa due al mese, pari al 16,85% della normazione primaria (o derivante da delegificazione): www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documenti/pdfs/000/001/119/CL009_15_06_2016.pdf.

34 Infatti, in base all’art. 16 della Costituzione, nel caso di minaccia grave ed immediata delle istituzioni della Repubblica, dell’indipendenza della nazione o dell’integrità territoriale e di interruzione del regolare funzionamento dei pubblici poteri, il Presidente può assumere poteri straordinari, adottando «le misure richieste da tali circostanze», semplicemente informandone la Nazione mediante messaggio; l’art. 36, invece, prevede la possibilità del Consiglio dei ministri di decretare lo “stato d’assedio” (che non può protrarsi oltre dodici giorni, senza autorizzazione del Parlamento). Tuttavia, tali disposizioni non sono state ritenute adatte ad essere applicate dopo gli attentati terroristici del 2015.

35 In merito cfr. R. Casella, *La Francia dopo gli attentati di Parigi: la dichiarazione dello stato di urgenza e la proposta di revisione costituzionale del presidente Hollande*, in www.nomos-leattualitanel-diritto.it, 3/2015; A. Chiusolo, *La riforma della Costituzione francese dopo gli attentati di Parigi, tra opportunità politica e valore simbolico*, in www.forumcostituzionale.it (20 gennaio 2016).

quanto in merito vi erano divisioni tra maggioranza e opposizione ritenute da evitare in sede di revisione costituzionale, tanto più in un momento indubbiamente delicato proprio a causa dei ripetuti attacchi terroristici (e anche – si potrebbe aggiungere – considerato che la legge ordinaria aveva comunque superato anche il controllo del *Conseil constitutionnel*, investito della questione dal Consiglio di Stato: sent. n. 2015-527, ciò escludendo la necessità – nel caso di specie – di una costituzionalizzazione, che tuttavia, una volta introdotta avrà l'effetto di escludere per il futuro³⁶, magari in caso di applicazione meno incontestata, ulteriori controlli di costituzionalità).

In base alla legge sull'*état d'urgence*, infatti, i prefetti e il ministro dell'Interno possono limitare alcune libertà fondamentali, come quelle di riunione, circolazione e soggiorno ed espressione, nonché la stessa libertà personale, con arresti e perquisizioni domiciliari. La legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015, di proroga dello “stato d'emergenza”, dichiarato a seguito degli attentati di Parigi del 13 novembre 2015, ha stabilito ulteriori restrizioni in merito alla libertà personale e di circolazione e di soggiorno e a quella di espressione, essendo stata prevista, ad esempio, la possibilità di interrompere ogni servizio di comunicazione *on line* nel caso di incitazione al terrorismo o sua apologia. E se è vero che lo “stato d'eccezione” dura di per sé dodici giorni è altresì vero che esso è prorogabile, appunto, con legge del Parlamento, che dopo averlo disposto – il 20 novembre 2015 – per ulteriori tre mesi, l'ha ulteriormente prorogato fino al 26 maggio³⁷, quindi fino al 26 luglio e poi – anche a seguito dell'attentato di Nizza del 14 luglio 2016 – al 26 gennaio 2017 (prevedendo di nuovo il ricorso alle perquisizioni amministrative, non presenti, invece, nella precedente proroga)³⁸.

36 In merito cfr. B. Mathieu, *État d'urgence: une révision constitutionnelle pour quoi faire?*, in *Le Figaro*, 29 dicembre 2015.

37 Il ministro dell'Interno, durante il dibattito che ha portato all'approvazione di questa proroga, ha snocciolato i dati dello “stato d'eccezione”, che ha portato al sequestro di cinquecentottanta armi, la realizzazione di tremilatrecentosettantanove perquisizioni amministrative e di trecentoquarantaquattro arresti.

38 J. Pascal, *Qu'est-ce que l'état d'urgence ? Son régime juridique*, in *Droitpublic.net*, 19 luglio 2016. Sullo stato d'emergenza in Francia, anche in comparazione con quello ucraino, e sulla sua incisione sui diritti fondamentali, cfr. anche A.J. Palma, *Da Luhansk a Parigi: riflessioni comparative sulla conformità all'art. 15 Cedu ed all'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici dello stato di eccezione recentemente proclamato in Ucraina ed in Francia*, in www.federalismi.it, n. 2/2016.

Se lo “stato d’eccezione” o “d’emergenza”, come abbiamo detto e ripetuto, consente di assumere decisioni in deroga, ciò riverberandosi – spesso – in una minore tutela dei diritti, anche costituzionalmente garantiti, può constatarsi come, tuttavia, negli anni più recenti – e in particolare in risposta al fenomeno del terrorismo internazionale che qui ci occupa – tale obiettivo sia stato raggiunto anche in assenza di una dichiarazione in tal senso, seguendo procedure “ordinarie”. Ciò, in effetti, sembra essere risultato agevole anche per l’ampia convergenza spesso riscontrata in proposito tra le forze politiche (almeno “tradizionali”) di destra e sinistra, come proprio l’esperienza degli Stati Uniti, con il compattarsi anche dei democratici rispetto alla *global war on terrorism* di Bush ha dimostrato in modo evidente.

3.1. I “controlimiti” alla limitazione dei diritti in situazioni eccezionali

Le suddette limitazioni dei diritti della persona possono essere – come l’esperienza dimostra – di varia entità. Certamente deve rilevarsi come in non poche occasioni, proprio per perseguire un intento dimostrativo, si sono registrate vere e proprie palesi violazioni di diritti che si ritenevano acquisiti alle tradizioni costituzionali comuni degli ordinamenti di derivazione liberale, non solo nell’immediatezza di un evento terroristico, ma anche a notevole distanza dallo stesso, quando non come misura del tutto precauzionale rispetto al pericolo che, considerato il carattere internazionale del terrorismo islamista, viene ritenuto sussistente anche a fronte di episodi verificatisi in altri Stati (cosa che, infatti, ha determinato l’assunzione di misure di contrasto anche a livello internazionale).

La reazione determinatasi attraverso l’adozione di norme, provvedimenti e decisioni, da parte di organizzazioni internazionali, a partire dall’Onu, come da parte dell’Unione europea o degli Stati (anche in esecuzione delle prime) risulta talvolta davvero preoccupante perché finisce per comprimere – fino a rinnegare – alcune libertà fondamentali che fanno parte del patrimonio costituzionale comune delle democrazie stabilizzate di derivazione liberale. Assistiamo così a limitazioni della libertà di circolazione e di espressione piuttosto che della *privacy* di tutti, generalmente accettate dalle persone in nome di una protezione di cui non si intende certamente negare l’importanza, ma alla quale lo Stato dovrebbe essere in grado di provvedere senza compromettere i propri stessi fondamenti.

In sostanza, pur non potendosi sottovalutare le situazioni di rischio che il terrorismo (in particolare islamista) oggi provoca, è necessario che le eventuali limitazioni dei diritti che da ciò discendano siano a loro volta sottoposte a dei “controlimiti”.

Come abbiamo già detto, infatti, il nostro ragionamento si sviluppa in un contesto di ordinamenti dotati di una Costituzione rigida, in presenza della quale, quindi, qualunque intervento del legislatore deve rispettare il dettato costituzionale, anche ricordando che essa è *«una legge per i governanti e per il popolo sia in tempo di guerra sia in tempi di pace e copre con lo scudo della sua protezione tutte le classi di uomini, in ogni tempo e in ogni circostanza»*.

Qualunque norma o decisione che si ponesse in contrasto con la Costituzione, quale che potesse essere la motivazione (emergenziale) della sua adozione, di fatto sarebbe comunque costituzionalmente illegittima. Così, ad esempio, se nell'ordinamento italiano si prevedesse un fermo di polizia eccedente i limiti di cui all'art. 13, secondo comma, della Costituzione. Una disposizione costituzionale puntuale come quella appena ricordata, infatti, sarebbe eventualmente derogabile da una norma ordinaria soltanto ove questo fosse consentito dalla Costituzione stessa in determinati casi particolari e, in special modo, per quanto interessa in questa sede, di emergenza (terroristica), sempre che ciò non si ponesse in violazione di un principio fondamentale o un diritto inviolabile (al quale, come noto, anche le norme costituzionali sono tenute a conformarsi e che resistono anche alle norme eurolunitarie). Tale deroga – come abbiamo visto – dovrebbe conseguire alla dichiarazione di uno “stato d’eccezione” eventualmente previsto a livello costituzionale e potrebbe avere carattere generale o limitato a singoli diritti (sempre con l’esclusione di alcuni e comunque nel rispetto – sia consentito ribadirlo – dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili). In assenza di una siffatta previsione, sulla quale ribadiamo tutte le riserve già esposte e che, in definitiva, rappresenta, da parte della Costituzione, l’ammissione di una propria inadeguatezza, nessun contrasto con una regola di rango costituzionale può essere ritenuta ammissibile.

Tuttavia, i testi costituzionali – come noto – non contengono sempre regole così precise, indicando di frequente principi, che, pur dotati di piena efficacia giuridica, secondo quanto chiarito dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 1 del 1956, non hanno – come si dice – una struttura condizionale, cosicché rimane maggiore spazio alle valutazioni del legislatore e poi dell’interprete³⁹. La stessa flessibilità dei principi, peraltro, dipende dalla loro stessa maggiore o minore determinatezza e, per altro verso, dalla loro qualificazione come supremi e in quanto tali capaci di imporsi sulle stesse

39 Sul punto, solo per praticità e per necessità di sintesi, sia consentito rinviare a A. Pertici, *Principi e regole nell'applicazione del diritto. La prospettiva del diritto costituzionale*, in Aa.Vv., *Principios y Reglas*, Escuela libre del Derecho, México, 2010, 231 ss.

(altre) disposizioni costituzionali (secondo quanto affermato dalla Consulta nella sent. n. 1146 del 1988) e anche alle norme dell'Unione europea (rispetto alle quali fungono da "controlimiti"), che sono tenute quindi a conformarsi agli stessi.

Certamente devono essere rispettati – senza alcuna possibilità di deroga – ad esempio, la vita e la libertà personale, la dignità umana, i diritti inviolabili, l'eguale trattamento di fronte alla legge (anche avuto riguardo alle diverse situazioni di fatto), il pluralismo ideologico, la laicità dello Stato, la presunzione di non colpevolezza, la durata ragionevole del processo e così via. Tuttavia, come si vede, il rispetto di questi principi – e di alcuni in particolare – da parte del legislatore presenta una maggiore elasticità rispetto a quanto al medesimo può essere richiesto da una disposizione costituzionale che fissa un numero di ore massimo per il fermo di polizia o che vieta l'extradizione in determinati casi espressamente indicati, piuttosto che il carattere personale della responsabilità penale, l'irretroattività delle sanzioni penali, il termine per la conversione di un decreto legge o quello entro cui le Camere devono essere convocate a seguito delle elezioni, per fare solo alcuni esempi.

Per comprendere meglio la questione, può essere utile fare riferimento, ad esempio, ad un noto caso, giudicato dalla Corte costituzionale con sent. n. 15 del 1982, quando era stata sollevata questione di legittimità costituzionale delle norme sul prolungamento della carcerazione preventiva, disposte con decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con legge 6 febbraio 1980, n. 15, recante "Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica". Uno dei giudici *a quibus* (e precisamente la Corte di assise di Torino), in particolare, lamentava il contrasto delle disposizioni in questione con l'art. 5, comma 3, della Cedu, la quale, anche al di là del valore che le si riconosca⁴⁰, vede comunque (generalmente) la formulazione di norme con una struttura simile a quella dei testi costituzionali (cosicché accanto ad alcune regole precise, ne troviamo altre dalla formulazione più ampia e veri e propri principi). In particolare, la disposizione in questione prevede che ogni persona arrestata o detenuta debba «essere tradotta *al più presto* dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata *entro un termine ragionevole* o di essere messa in libertà durante la procedura» (corsivi aggiunti). La Consulta evidenzia subito che quella norma «*non propone alcun criterio concreto, in quanto si astiene dal fornire una qualsiasi specificazione*», a fronte della quale viene compiuto

⁴⁰ Nel caso di specie la Corte costituzionale volle precisare che la disposizione non si collocava «di per se stessa a livello costituzionale».

un giudizio di ragionevolezza circa l'allungamento dei termini di carcerazione preventiva come misura urgente «per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica», disposta, nell'ambito della legge che reca appunto tale titolo, a fronte di un «fenomeno caratterizzato, non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla *effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica*, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali», in presenza di «obiettive difficoltà degli accertamenti», che rappresentano in concreto, poi, la ragione dell'allungamento dei termini di durata della carcerazione preventiva (corsivi aggiunti).

La Corte, tuttavia, precisa che, anche a fronte di una situazione eccezionale, di emergenza (basata – sia consentito ripeterlo – su concreti elementi di fatto) deve comunque essere compiuto uno scrutinio di ragionevolezza, volto a verificare la «*congruità*» della disposizione eccezionale rispetto al bene che intende proteggere: non si giustificerebbe, infatti, nel caso di specie, un prolungamento dei termini di carcerazione preventiva «tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia». Si tratta di un punto, a nostro avviso, molto importante, in quanto indica come la valutazione di ragionevolezza (e proporzionalità) – condotta anche alla luce di un bilanciamento tra diritti potenzialmente configgenti – non possa comunque mancare, salvo che la presenza di particolari elementi di fatto, legati anche a circostanze eccezionali (anch'esse effettivamente riscontrate e non meramente paventate), può determinare una modifica dei parametri sulla base dei quali è compiuta.

I diritti, in sostanza, nei limiti stabiliti dalla Costituzione, hanno una variabile possibilità di espansione: normalmente possiamo considerare, con Barile, sussistere una «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali»⁴¹, ma, in situazioni eccezionali ed entro i limiti indicati, possono essere previste (con una sostanziale inversione di tendenza) limitazioni delle stesse. In tal senso, infatti, proprio la decisione che ci occupa specifica come, «a partire dal ripristino della vita democratica», si fosse assistito, rispetto alla custodia preventiva, a «riforme in senso nettamente liberale», rispetto alle quali è stata però registrata una «inversione di tendenza a partire dal decreto legge 11 aprile 1974, n. 99 convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220, che veniva adottato appunto in coincidenza con il dilagare della violenza»⁴².

41 P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 41.

42 Secondo un orientamento successivamente più volte proseguito fino ai casi, che si legano, appun-

Ora, rimane da precisare che una particolare delicatezza, nell'ambito delle deroghe restrittive assumono le norme procedurali – e processuali – il cui rispetto sembra dover essere particolarmente scrupoloso considerato che esse sono idonee a garantire il singolo rispetto all'applicazione delle misure “eccezionali”, con la (conseguente) possibilità di una verifica in concreto della ragionevolezza e proporzionalità delle stesse. Infatti, i diritti sostanziali possono considerarsi realmente esistenti solo ove esistano norme processuali dirette a garantire che essi siano attuati anche in caso di mancata cooperazione spontanea da parte di chi è tenuto a rispettarli: «un ordinamento che si limitasse ad affermare una situazione di vantaggio [...] a livello sostanziale, senza predisporre a livello di diritto processuale strumenti idonei a garantire l'attuazione del diritto anche in caso di sua violazione, sarebbe un ordinamento incompleto, monco: sarebbe un ordinamento che non potrebbe essere qualificato come giuridico, perché non garantirebbe l'attuazione del diritto proprio nel momento in cui questo è più bisognoso di tutela, nel momento della sua violazione»⁴³. E infatti, secondo quanto evidenziato da Pizzorusso⁴⁴, i diritti processuali vengono in qualche modo a incorporare i diritti sostanziali alla cui tutela sono preordinati.

La posizione è stata recentemente condivisa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella quarta sentenza Kadi⁴⁵, relativa all'inserimento nelle cosiddette “*black list*” dell'Onu per il sequestro dei beni delle persone fisiche e giuridiche sospettate di finanziare (o partecipare) a reti terroristiche, in cui la Corte afferma che, l'Autorità dell'Unione europea competente per inserire la persona nell'elenco con il quale sono “recepiti”, a livello europeo, i nominativi degli individui e degli enti inseriti nella “*black list*” del Comitato per le sanzioni, deve assicurare «il rispetto dei diritti della difesa e

to, al dilagare del terrorismo internazionale, del decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni in legge 15 dicembre 2001, n. 438, del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito con modificazioni in legge 31 luglio 2005, n. 155 e del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni in legge 17 aprile 2015, n. 43, su cui torneremo.

43 A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1994, 4 ss..

44 A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1998, 53.

45 Cgue 18 luglio 2013 nelle cause riunite C- 584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P Commissione, Consiglio, Regno Unito vs. Yassin Abdullah Kadi, su cui cfr. V. Sciarabba, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la “Carta di Nizza”: l'epilogo della vicenda Kadi*, in www.furumcostituzionale.it.

del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva» per cui tale Autorità deve comunicare alla persona interessata gli elementi di cui dispone per fondare la sua decisione o, per lo meno, l'esposizione dei motivi fornita dal Comitato per le sanzioni affinché tale persona possa difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili⁴⁶. L'autorità dell'Ue competente a decidere dell'inserimento nella lista deve esaminare le allegazioni del soggetto inserito con cura e imparzialità e la sua decisione può comunque essere contestata in sede giurisdizionale, dove spetterà al giudice chiedere «se necessario, all'autorità competente dell'Unione di produrre informazioni o elementi probatori, riservati o meno, pertinenti per un siffatto esame». Infatti, «è all'autorità competente dell'Unione che incombe il compito di dimostrare la fondatezza dei motivi posti a carico della persona interessata, e non già a quest'ultima di produrre la prova negativa dell'infondatezza di tali motivi». A tal fine «non è richiesto che detta autorità produca dinanzi al giudice dell'Unione tutte le informazioni e gli elementi probatori attinenti ai motivi dedotti nell'esposizione fornita dal comitato per le sanzioni», ma «occorre che le informazioni e gli elementi prodotti suffraghino i motivi posti a carico della persona interessata».

Limitazioni dei diritti della persona in ragione dell'emergenza (terroristica), quindi, trovano come “controlimiti” anzitutto il necessario rispetto delle norme costituzionali (e – ove vi siano, come a livello di Unione europea – equiparate o prevalenti), ed i particolare dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili e in secondo luogo il rispetto particolarmente stringente delle norme processuali poste e garanzia dei diritti stessi. Tuttavia, il “controlimite” che più di ogni altro si lega all'eccezionalità delle circostanze – causate, per quanto in particolare ci interessa, dal terrorismo – è quello della temporaneità della deroga. In proposito, la Corte costituzionale, nella già ricordata sent. n. 15 del 1982, ha molto opportunamente evidenziato questo aspetto, ritenendo la temporaneità un requisito di legittimità costituzionale (da valutare evidentemente in base al criterio di ragionevolezza) delle misure eccezionali. In particolare, infatti, «se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte - anche mediante lo spietato assassinio di “ostaggi” innocenti - e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate

46 Peraltro, mentre nell'ipotesi di inserimento *ex novo* di un nominativo nell'elenco potrà e dovrà chiaramente essere adempiuto dopo l'adozione della relativa decisione, e allo scopo di permettere una sua eventuale contestazione successiva nella diversa ipotesi di decisione vertente sul mantenimento di un nominativo nell'elenco dovrà essere adempiuto prima che la decisione venga adottata.

ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, é una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. *Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»* (corsivo aggiunto). Infatti, come abbiamo già accennato, ove queste si stabilizzassero darebbero vita a un'alterazione dell'ordinamento che rappresenterebbe, in ultima analisi, proprio la vittoria delle forze sovversive o comunque terroristiche⁴⁷.

4. La reazione degli Stati e delle organizzazioni internazionali alla prova dei “controlimiti”

Come abbiamo avuto occasione di anticipare sia in generale sia richiamando alcuni casi specifici, gli ordinamenti internazionali, sovranazionali e statali hanno posto in essere misure davvero difficilmente compatibili con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati dell'Unione europea (come sviluppatasi a partire dagli ordinamenti di derivazione liberale) e più in generale delle “democrazie stabilizzate”, colpendone gli stessi fondamenti dall'interno proprio mentre si diceva di volerli difendere da attacchi esterni.

Così, in molti Paesi, sono stati rimessi in discussione diritti faticosamente – ma si riteneva stabilmente – conquistati e anche simbolicamente identificativi degli ordinamenti di derivazione liberale, come appunto la *privacy* e ancora prima la libertà di manifestazione del pensiero.

D'altronde le stesse basi del diritto penale sono state scardinate dall'elaborazione del cosiddetto «diritto penale del nemico», che si sviluppa a partire dalla identificazione di alcune persone come «nemici» dello Stato, contemplando una prevenzione generale e speciale e avendo come caratteristiche specifiche l'anticipazione della tutela (con un aumento dei reati “di pericolo” presunto), una pena particolarmente afflittiva, sproporzionata e dal valore altamente simbolico (che diviene a sua volta un atto di ostilità, proprio perché rivolta contro l'*hostis*) e – cosa forse più grave, alla luce di quanto

⁴⁷ Sugli *standard* minimi da rispettare anche nel caso di esercizio dei poteri derogatori, cfr. anche, in senso in gran parte analogo a quello qui evidenziato, R. Balduzzi, *Introduzione. La difficile ricerca di uno standard di compatibilità costituzionale degli strumenti di contrasto al terrorismo globale*, in M. Cavino, M.G. Losano, C. Tripodina (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009, 1 ss..

abbiamo detto sopra – un affievolimento delle garanzie processuali, fino ad una degiurisdizionalizzazione nell'applicazione di alcune misure restrittive basate sul sospetto⁴⁸. In questo modo si violano gli stessi fondamenti dello Stato di diritto e attraverso la distinzione tra cittadini e nemici si viola lo stesso principio di uguaglianza, nella sua più elementare definizione, posta alla base del costituzionalismo liberale.

Queste considerazioni assumono certamente maggiore evidenza e concretezza andando a vedere le misure adottate nella risposta che è stata data al terrorismo a partire dall'inizio di questo secolo a livello globale, sulla base della considerazione che non è un singolo Stato ad essere sotto attacco ma – si passi il termine – un'intera civiltà giuridica, con le sue tradizioni costituzionali comuni, di derivazione liberale.

Questo ha determinato l'intervento delle stesse organizzazioni internazionali, a partire dall'Onu, che, con le risoluzioni 1373, del 2001, e 1624, del 2005, ha introdotto la *Global Counter Terrorism Strategy*, affidando ad un Comitato *ad hoc* (il *Security Council Counter-Terrorism Committee*, Ctc) il compito di assistere gli Stati nella lotta al terrorismo, anche al fine di ricondurre nell'ambito della legalità internazionale la *global war on terrorism*, avviata dagli Stati Uniti a seguito degli attacchi dell'11 settembre. La prima delle due risoluzioni interviene a contrastare le forme di finanziamento del terrorismo mentre la seconda sulla propaganda, e rispetto a queste il Ctc assiste gli Stati che pongono in essere misure interne in materia e individua le *best practices* in materia, tenendone un elenco aggiornato, con l'effetto di un allineamento tra le legislazioni dei diversi Stati, strumento e metro della collaborazione internazionale.

In Europa, certamente gli strumenti di lotta al terrorismo internazionale si sono sviluppati a partire dal livello dell'Unione europea⁴⁹, che prevede la propria partecipa-

48 Cfr., per una specifica evidenziazione delle criticità e delle contraddizioni con i principi dello Stato di diritto F. Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 525 ss.. Anche con particolare riferimento alla situazione francese, cfr. poi V. Corneli, *Francia e emergenza terroristica: un diritto penale del nemico?*, in www.osservatorioaic.it, aprile 2015.

49 La partecipazione dell'Unione europea alla lotta contro il terrorismo è del resto prevista espressamente anche all'art. 43, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, che in particolare dispone: «1. Le missioni di cui all'articolo 42, paragrafo 1, nelle quali l'Unione può ricorrere a mezzi civili e militari, comprendono le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al

zione alla lotta contro il terrorismo sin dal Trattato sull'Unione europea, a partire dalla posizione comune 2001/931/Pesc del Consiglio del 27 dicembre 2001, che, nel colpire soprattutto le risorse economiche per finanziare il terrorismo, si rivolge non soltanto a quello islamista, ma anche a quello per così dire "interno" all'Unione (delle organizzazioni basche e nord-irlandesi). L'Unione è poi intervenuta con la decisione quadro 2002/475/GAI a definire dettagliatamente i reati terroristici facendo riferimento sia a comportamenti obiettivi sia ad elementi soggettivi di dolo specifico che si realizza a fronte dello scopo di intimidire gravemente la popolazione, o di costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o di destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o un'organizzazione internazionale. L'Unione ha quindi adottato misure volte a consentire un migliore e più armonizzato controllo alle frontiere e di raccolta e scambio di informazioni attraverso varie banche dati settoriali, disciplinate da diversi regolamenti che certamente incidono pesantemente sulla tutela della *privacy*. Da questo punto di vista, sono state riscontrate misure certamente molto invasive adottate nella collaborazione dell'Unione con gli Stati Uniti d'America, tra cui merita probabilmente di essere ricordato anzitutto l'accordo Pnr (*Passenger Name Record*), relativo al trasferimento al dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti dei dati dei passeggeri in volo da e per gli Stati Uniti stessi da parte delle compagnie aeree⁵⁰. Esso ha previsto, attraverso decisioni della Commissione e del Consiglio modalità di trattamento dei suddetti dati, su cui è intervenuta la Corte di giustizia, con una decisione di annullamento nel 2006⁵¹.

ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti. Tutte queste missioni possono contribuire alla lotta contro il terrorismo, anche tramite il sostegno a Paesi terzi per combattere il terrorismo sul loro territorio».

50 Problemi in parte analoghi, da questo punto di vista si sono posti, tuttavia, anche per il *Terrorism Finance Tracking Program*, che prevede il trasferimento dei dati relativi a transazioni finanziarie realizzate nell'ambito dell'Unione europea, quando queste possano essere collegate al finanziamento del terrorismo, al Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti d'America.

51 Si tratta della sent. 30 maggio 2006, cause riunite C-317/04 e C-318/04, in cui l'annullamento si realizza in quanto essenzialmente le finalità di pubblica sicurezza per cui i dati sono trasmessi determina la mancanza di competenza della Comunità europea.

Per comprendere i termini della questione, dobbiamo ricordare che, a seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, gli Stati Uniti hanno adottato una normativa in base alla quale i vettori aerei

Quindi nel 2007 sono riprese le trattative per un nuovo accordo che è stato concluso nel 2011, con maggiori garanzie rispetto al passato dal punto di vista della protezione dei dati, seppure rimangano insuperate alcune criticità sia dal punto di vista della stessa *privacy* sia in relazione al fatto che è previsto un sistema pressoché automatico di individuazione di persone pericolose per la sicurezza dello Stato senza che sia loro consentita un'adeguata difesa.

Se non è stato possibile fornire che qualche esempio, pur ritenuto particolarmente significativo, per quanto riguarda le misure adottate in ambito internazionale e sovranazionale che mostrano la forte incidenza su alcuni diritti fondamentali della persona da parte delle misure di contrasto al terrorismo, ancora più difficile risulterebbe dare un quadro anche sommario della legislazione dei singoli Stati, su cui, peraltro, non mancano studi specifici che ne hanno potuto fornire un adeguato approfondimento⁵². Per questo ci limiteremo a ricordare brevemente alcune tra le misure maggiormente indicative della compressione di alcuni diritti fondamentali della persona, adottate nel Paese colpito nel modo più eclatante dal terrorismo e che per questo si è immediatamente

che assicurano collegamenti con destinazione o partenza nel territorio degli Stati Uniti (o anche traversanti tale territorio) sono tenuti a fornire alle autorità doganali degli Stati Uniti stessi un accesso elettronico ai dati contenuti nel loro sistema automatico di prenotazione e di controllo delle partenze, denominati «*Passenger Name Records*» (Pnr). La Commissione europea, ritenendo che tali disposizioni rischiassero di entrare in contrasto con la legislazione comunitaria e con quella degli Stati membri in materia di tutela dei dati, ha avviato dei negoziati all'esito dei quali ha adottato la decisione 2004/535/Ce, relativa al livello di protezione adeguato dei dati personali contenuti nelle schede nominative dei passeggeri aerei trasferiti all'Ufficio delle dogane e della protezione delle frontiere degli Stati Uniti e successivamente il Consiglio ha adottato un'altra decisione 2004/496/Ce, relativa alla conclusione di un accordo tra la Comunità europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e trasferimento dei dati di identificazione delle pratiche (*Passenger Name Records*, Pnr) da parte dei vettori aerei all'ufficio doganale e di protezione dei confini del dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti. Tali decisioni sono state appunto oggetto di annullamento con la ricordata sentenza della Corte di giustizia.

⁵² Possiamo ricordare, ad esempio, i contributi di G. Peces-Barba Martinez, M. Miraglia, J.O. Frosini, J. Luther, K. Roudier, A.M. Carmona Contreras, C. Sassi, in M. Cavino, M.G. Losano, C. Tripodina (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, cit.; G. De Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200310/devergottini.html>; C. Gazzetta, *L'emergenza terroristica. Appunti di geometrie costituzionali*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, 1 ss.; T. Groppi, *Dopo l'11 settembre: la via «canadese» per conciliare sicurezza e diritti*, in *Quad. cost.*, 2005, 573 ss..

posto a capo della *global war on terrorism*, pur non dovendosi trascurare che anche in altri Paesi sono state adottate misure che certamente vanno oltre i limiti che abbiamo ritenuto dover essere rispettati anche da parte di una legislazione emergenziale⁵³.

In particolare possiamo ricordare come, negli Stati Uniti soprattutto nella prima fase di “reazione” agli attacchi dell’11 settembre, durante la presidenza Bush, sono stati emanati *executive orders* presidenziali volti a comprimere i più elementari diritti e in particolare quelli alla libertà personale e a un processo equo: un *executive order* del 13 novembre 2001, ad esempio, stabilisce che «*given the danger to the safety of the United States and the nature of international terrorism, and to the extent provided by and under this order, I find consistent with the Section 836 of title 10, United States Code, that it is not practicable to apply in military commissions under this order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts*». Nel gennaio 2002, come noto, fu poi istituito il campo di prigionia di Guantanamo, con la sospensione delle garanzie dell’*habeas corpus* e del *due process of law* (che la Corte Suprema ha provveduto a riaffermare in *Hamdan vs. Rumsfeld* del 2006 e *Boumedienne vs. Bush* del 2008), e che non è ancora stato chiuso nonostante ripetuti interventi di Obama che sembravano andare in questa direzione. Ma – anche a conferma che le misure antiterroristiche non sempre vedono una distinzione tra le diverse parti politiche – dobbiamo ricordare che proprio all’Amministrazione Obama si deve la *disposition matrix* in base alla quale tutte le agenzie di *intelligence* partecipano alla compilazione di una *Kill list* di terroristi (tra i quali il Presidente decide chi deve essere eliminato per motivi di sicurezza, con una riaffermazione del “potere di vita o di morte” certamente incompatibile con il patrimonio costituzionale comune che si vorrebbe proteggere dal terrorismo). Del 2001 è anche il *Patriot Act*, che rafforza i poteri delle forze di polizia e di intelligence, in relazione alla possibilità di effettuare intercettazioni telefoniche, accedere a informazioni personali e prelevare impronte digitali. Inoltre l’*Antiterrorism Act* del 1996, inasprito dopo i fatti dell’11 settembre, punisce il “supporto materiale” (da notare che su questo

53 Ad esempio, la legge tedesca sulla sicurezza aerea del 2005 (proposta dal Governo rosso-verde) prevedeva la possibilità di abbattere, da parte delle forze armate un aereo civile (con passeggeri e personale di bordo) dirottato da parte dei terroristi e utilizzato per colpire obiettivi civili o militari. Il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato l’incostituzionalità della norma per violazione del diritto alla vita e della dignità umana: A. De Petris, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/liberta_sicurezza/index.html.

si basano ad oggi la maggior parte delle condanne per terrorismo) alle organizzazioni terroristiche, su cui vi è stata una tendenza a espandere il significato ben visibile nella sentenza *Holder vs. Humanitarian Law Project* (2010) facendovi rientrare – per la prima volta contro la totale difesa del *free speech* normalmente condotta, con particolare riferimento al contenuto dello stesso – anche «una ristretta categoria di discorso a favore, sotto la direzione e in coordinamento con gruppi stranieri che chi lo pronuncia sa essere organizzazioni terroristiche»⁵⁴.

4.1. Il caso italiano

Quando il terrorismo di matrice islamista ha assunto proporzioni particolarmente rilevanti, a seguito degli attentati di New York e Washinton dell'11 settembre 2011, il nostro Paese non era privo di strumenti volti a fronteggiare la violenza terroristica, avendo dovuto già affrontare quella di matrice politica (durante i cd. “anni di piombo”) e quella di stampo mafioso. Quartieri strumenti di contrasto, generalmente rimasti, anche se adottati, a suo tempo, in una logica emergenziale, sono stati resi applicabili, anche attraverso alcune integrazioni normative, al terrorismo internazionale la cui differenza rispetto a quello degli “anni di piombo” è in sostanza che il sistema che si vuole sovvertire non è tanto quello del singolo Stato, ma quello di un certo tipo di società, fondata, pur con tutte le differenze sussistenti tra i singoli Stati, su un patrimonio costituzionale condiviso, discendente essenzialmente (e scusandoci per l'approssimazione) dal costituzionalismo liberale.

Fra questi interventi legislativi, si ricordano, in particolare, la legge n. 152 del 1975 (cd. legge Reale), che detta «disposizioni a tutela dell'ordine pubblico» ed è spesso citata, negli ultimi anni, per il divieto di usare caschi protettivi o qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo, ma che incide anche in senso ampliativo sulla custodia preventiva o la possibilità di procedere a perquisizione da parte delle autorità di pubblica sicurezza) ed il decreto legge n. 625 del 1979 (convertito con modificazioni dalla legge n. 15 del 1980, cd. legge Cossiga), che ha tra l'altro introdotto l'art. 270-bis

⁵⁴ In merito cfr. A. Sperti, *L'incidenza della lotta al terrorismo sulla libertà di manifestazione del pensiero negli Stati Uniti. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali*, in F. Dal Canto, P. Consorti, S. Panizza, *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, Pisa, 2016, 101 ss.

cp, relativo al reato di “associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico”, e introdotto una specifica aggravante per il caso in cui un reato sia commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento democratico.

Ma, anche in Italia, è a seguito degli attentati di New York del 2001 che sono state approvate nuove norme per il contrasto più specificamente al terrorismo internazionale.

Così, il decreto legge n. 374 del 2001, convertito con modificazioni in legge n. 438 del 2001, ha modificato art. 270 *bis* c.p., per il quale è prevista la nuova rubrica di «associazione con finalità di terrorismo *anche internazionale* o di eversione dell’ordinamento democratico», un ampliamento della fattispecie (in particolare inserendo, tra le condotte rilevanti, il finanziamento dell’associazione e, tra le finalità, oltre all’eversione, il «terrorismo», riproponendo i problemi di definizione di cui abbiamo detto in apertura⁵⁵) e la specificazione della rilevanza delle condotte anche quando rivolte contro uno Stato estero o un’organizzazione internazionale⁵⁶. Con lo stesso provvedimento è stato introdotto anche l’art. 270 *ter* cp che punisce chi dà assistenza agli associati a organizzazioni terroristiche.

Dopo gli attentati di Londra, vi è stato un nuovo intervento, con il decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni in legge n. 155 del 2005, che ha introdotto l’art. 270-*quater*, sull’arruolamento per finalità di terrorismo, l’art. 270-*quinquies*, sull’addestramento e l’art. 270-*sexies* c.p., che qualifica le «condotte con finalità di terrorismo» come quelle che «possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un’organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un’organizzazione

55 Con particolare riferimento alla questione nell’ambito della riformulazione della disposizione in parola, cfr. A. Valsecchi, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 4, 1127 ss.

56 Sul punto, poi ripreso dagli altri articoli successivamente introdotti, v. in senso critico G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 124, il quale evidenzia giustamente come in questo modo l’Italia risulti diventare «una delle sentinelle dello *status quo* internazionale», in quanto la sua legislazione considera terrorismo l’aggressione non solo nei confronti dello Stato, ma anche di Stati stranieri «i cui valori possono essere potenzialmente considerati assai discutibili».

internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». Nonostante la formulazione potesse portare a ritenere forse rilevanti anche semplici manifestazioni del pensiero, la giurisprudenza è stata chiara nel considerare necessaria la presenza di un effettivo progetto criminoso⁵⁷. L'art. 3 dello stesso decreto legge n. 144 del 2005, convertito con modificazioni in legge n. 155 del 2005, ha previsto l'espulsione dello straniero *sospettato* di terrorismo ad opera del ministro dell'Interno o su sua delega dal prefetto ove la permanenza possa – in qualsiasi modo – agevolare organizzazioni o attività terroristiche internazionali. La previsione, nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2007 (per espressa previsione dello stesso art. 3, secondo comma), risultava in evidente violazione del diritto di difesa. Infatti, il provvedimento di espulsione poteva essere impugnato unicamente di fronte al giudice amministrativo, il quale considerata «l'esigenza di tutelare beni assolutamente fondamentali», procedeva «sulla base di una valutazione effettuata anche solo alla stregua di meri indizi [...], che possono essere ravvisati in fatti in sé per sé privi dell'assoluta certezza che detta azione [terroristica, *n.d.r.*] venga realizzata nell'imminenza, ma che, nel loro complesso, siano tali da fondare un giudizio che tale possibilità possa verificarsi»⁵⁸, non poteva peraltro sospenderne l'efficacia (con la conseguenza che il giudizio si sarebbe svolto mentre l'individuo era stato nel frattempo espulso), in contrasto con gli artt. 24 e 113 (e probabilmente anche 3 e 13) Cost. nonché con l'art. 13 Cedu (e quindi 11 e 117 Cost.)⁵⁹. In effetti – come è stato da più parti rilevato⁶⁰ – il «terrorista» non risulta più titolare degli stessi diritti di difesa di ogni altro straniero, anche con il rischio di essere espulso verso Paesi in cui non vige il divieto di tortura, in violazione dell'art. 3 Cedu, tanto che la Corte di cassazione (sez. IV pen., 28 aprile 2010, n. 20514) ha affermato che, in que-

57 Cfr. G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 125 (nota 4).

58 Tar Lazio, Roma, sez. II, 4 luglio 2011, n. 5826.

59 Con il decreto legge 29 dicembre 2007, n. 249 – non convertito – la disciplina risultava in certa misura edulcorata dalla eliminazione del divieto di sospensione cautelare e dalla previsione della necessità di adottare il provvedimento «nel rispetto del principio di proporzionalità», senza che lo stesso potesse «essere motivato da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato», fermo restando che «l'esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione» dello stesso.

60 Cfr. G. Tropea, *Homo sacer: osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, 839 ss..

sti casi, l'ordine di espulsione debba essere sospeso, salva la sottoposizione dello straniero ritenuto terrorista a misure di sicurezza idonee ad impedirne la pericolosità per la sicurezza dello Stato, tanto generiche quanto severe (di cui, infatti, in più occasioni, sono stati posti dubbi di legittimità costituzionale, pur respinti dalla Corte⁶¹).

Un ulteriore intervento si ha di nuovo all'indomani di un attentato particolarmente significativo, quello del 7 gennaio 2015 alla sede del settimanale satirico *Charlie Hebdo*, a Parigi, con il decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni in legge 17 aprile 2015, n. 43. In proposito pare da sottolineare come l'adozione di ulteriori norme di prevenzione e repressione sia volta, da un lato, all'emergere di nuovi fenomeni, ma, dall'altro, anche dall'esigenza dei Governi di caratterizzare la propria (specifica) politica di contrasto al terrorismo, anche attraverso norme-manifesto che finiscono, in realtà, per risultare sempre più repressive.

Il decreto legge n. 7 del 2015, in realtà, tiene insieme tre aspetti tra i quali è stabilita una correlazione, ma che devono comunque essere considerati distintamente e che sono: a) la lotta interna al terrorismo; b) le missioni internazionali delle forze armate; c) la lotta all'immigrazione clandestina.

Si tratta di un testo normativo, che – come in realtà anche i precedenti appena ricordati – è stato fatto oggetto di forti critiche in relazione a principi basilari del nostro ordinamento, a partire dal principio di legalità, per proseguire con quelli di determinatezza della fattispecie penale e di offensività.

Se questi sono i principali interventi specificamente posti in essere dal legislatore nella lotta contro il terrorismo (si potrebbe dire, nella partecipazione dell'Italia, come alleato degli Stati Uniti, alla *global war on terrorism*), l'ordinamento italiano comprende comunque ulteriori numerose norme altrimenti previste, ma utilizzate al fine della prevenzione e la repressione del terrorismo internazionale.

A queste norme più specificamente mirate a contrastare il terrorismo, se ne aggiungono poi altre che, pur dettate in altro ambito e magari concepite con finalità differenti, si rivelano molto utili anche nella lotta a questo fenomeno: è il caso, ad esempio, della legge n. 197 del 1991 e successive modificazioni, sull'antiriciclaggio.

61 Cfr. Corte costituzionale nn. 169 del 2009 e 282 del 2010.

5. Conclusioni: dalla protezione alla negazione dei diritti?

Dall'esame condotto sembra emergere come, in realtà, gli interventi normativi per il contrasto al terrorismo (internazionale) e la loro applicazione concreta abbiano finito spesso per produrre un effetto in qualche modo opposto rispetto all'obiettivo prefissato, perseguendo una funzione di pubblica sicurezza con modalità tali da realizzare un vero e proprio sacrificio di alcuni diritti fondamentali che avrebbero dovuto (e – si ritiene – voluto) difendere (con i beni sottesi) dalla minaccia terroristica.

Si tratta di un pericolo che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha avvertito, ad esempio, nella sentenza 22 febbraio 2008 (ric. n. 37201/06), *Saadi c. Italia*, nel cui ambito i giudici Myjer e Zagrebelsky hanno espresso una *concurring opinion* in cui hanno affermato che «*Les Etats ne doivent pas recourir à des méthodes qui sapent les valeurs mêmes qu'ils cherchent à protéger*»⁶².

Per questo ci sembra che l'impostazione più lucida sia, in effetti, proprio quella del Consiglio d'Europa, che ha valorizzato il collegamento tra la lotta al terrorismo e la promozione della democrazia⁶³ e che, laddove ha cercato di colmare le lacune del complesso intreccio degli strumenti internazionali di lotta al terrorismo, ha rilevato come ciò su cui era il caso di agire era proprio la tutela dei diritti individuali, facendo emergere – proprio come dicevamo all'inizio – la consonanza, anziché la contrapposizione che spesso sembra emergere dalle decisioni degli Stati, tra la lotta al terrorismo e il rispetto dei diritti umani, la cui valorizzazione può divenire uno strumento di lotta al terrorismo, anziché un ostacolo.

A quindici anni di distanza dagli attentati di New York e Washington, infatti, sembra piuttosto evidente come, senza riuscire ad impedire il ripetersi di episodi terroristici anche di forte impatto, vi sia stata una limitazione di alcuni diritti fondamentali

62 Similmente M. Satterwhaite, *Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law*, in *George Washington Law Review*, 1333 (2006-2007), sottolinea infatti come se la lotta al terrorismo, intrapresa al fine di evitare che venga sovvertita la *rule of law*, viene condotta proprio sovvertendo quest'ultima, essa perde il suo stesso significato.

63 Così, in particolare, nella raccomandazione 1644 (2004), in cui raccomanda agli Stati «di promuovere la democrazia e i diritti umani nella loro relazioni internazionali e di astenersi dalla compiacenza nei confronti di regimi dispotici e oscurantisti per interessi strategici e economici». (G.L. Conti, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune*, cit., 104).

delle persone, negli ordinamenti di “democrazia stabilizzata”, per di più in un arco di tempo ormai difficilmente compatibile con la logica dell’eccezionalità e dell’emergenza secondo quanto sopra detto.

Se quindi gli Stati di “democrazia stabilizzata” sono riusciti complessivamente a proteggersi dai loro nemici dichiarati, che li combattono esplicitamente, ciò non significa che la difesa delle tradizioni costituzionali comuni degli ordinamenti di derivazione liberale abbia avuto realmente successo. Al contrario, queste ultime sono state infatti comunque compromesse dall’interno, dove talvolta – come è stato detto da più parti e sopra ricordato – vi sono nemici più subdoli e maggiormente capaci quantomeno di alterare l’effettivo godimento dei diritti delle persone anche attraverso una limitazione della loro effettiva partecipazione alla determinazione dell’indirizzo politico generale, in ragione della presenza di una situazione di “emergenza” che renderebbe – in qualche misura – alcune scelte obbligate.

Terrorismo internazionale. Contrasto giudiziario e prassi operative

di **Franco Roberti**

Le nuove minacce del terrorismo internazionale di matrice islamista rendono necessario il progressivo adeguamento degli strumenti normativi e delle prassi operative a uno scenario di criminalità organizzata in costante mutamento. Numerose organizzazioni criminali presentano una struttura reticolare caratterizzata da alti livelli di flessibilità, mobilità, connettività ed interetnicità, nonché da una capacità di infiltrazione e di mimetismo accentuata. Si registra, inoltre, una crescente propensione alla mutua assistenza tra le varie strutture criminali, che riescono così a superare le differenze linguistiche o di interessi commerciali per convergere verso traffici comuni, così diminuendo i costi e massimizzando i profitti in un periodo di crisi economica mondiale.

Il fenomeno del terrorismo internazionale, nelle sue forme attuali, non conosce confini di Stati e di regioni, in uno scenario sempre più accentuato di globalizzazione e di *interdipendenza* tra Stati e organismi internazionali. Il concetto di *interdipendenza strategica* tra i vari soggetti, che condividono la stessa minaccia, postula che le scelte di ognuno di essi in ordine alle tipologie di intervento siano influenzate dalle decisioni degli altri e che, quindi, ciascuno debba prevedere tali decisioni.

Il fenomeno fu reso di drammatica evidenza dai più gravi attentati terroristici a partire dall'11 settembre americano. Le stragi di Madrid del 2004 e di Londra del 2005 avevano già dimostrato, secondo i più acuti analisti, che affrontare secondo vecchi schemi chi pratica la guerra asimmetrica è del tutto inutile. Tanto più se questa guerra si estende a livello globale. La trasformazione del terrorismo globale mette in crisi anche le consolidate tecniche di *intelligence* occidentali.

Il rapporto di complementarità tra il terrorismo internazionale e l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio è uno dei temi più significativi nel complesso di relazioni tra la criminalità organizzata di tipo mafioso e il terrorismo.

Le attività terroristiche richiedono disponibilità di fondi e di mezzi materiali che significano – secondo la Convenzione Onu per il contrasto al finanziamento del terrorismo (9 dicembre 1999) – denaro e mezzi di ogni genere, strutture logistiche, armi, documenti contraffatti, coperture e rifugi, che la criminalità organizzata può fornire e – come numerose indagini dimostrano – frequentemente fornisce.

Le connessioni tra terrorismo e criminalità organizzata di tipo mafioso – evidenziate fin dalla Posizione Comune adottata dal Consiglio dell'unione europea del 27.12.2002 – si riferiscono direttamente alle caratteristiche della criminalità organizzata transnazionale.

Basti pensare ai profondi e radicati legami tra criminalità organizzata e terrorismo nel settore del contrabbando di merci e dei traffici di materiali da armamento. Il terrorismo internazionale si autofinanzia soprattutto con i traffici di stupefacenti e di armi, nonché con le estorsioni e con i sequestri di persona.

Nel mercato globale del crimine, le organizzazioni di tipo mafioso, a loro volta, tendono sempre più ad agire su scala transnazionale, in alleanza o in competizione con altre organizzazioni criminali, in particolare con quelle terroristiche.

Né va dimenticato che negli anni '80, in Italia, le mafie sono cresciute anche grazie al terrorismo, che provocò la mobilitazione delle migliori risorse dello Stato nell'azione di contrasto, distogliendo l'attenzione investigativa dalle altre forme di criminalità organizzata. Il terrorismo è fattore di forza per la mafia. A loro volta, anche le organizzazioni mafiose possono avere una valenza terroristico eversiva¹.

L'evoluzione del terrorismo internazionale e le indagini finora svolte sulle attività delittuose dello Stato Islamico e dei suoi affiliati (o aspiranti "martiri") nel nostro Paese – delle quali si dà conto nella seconda parte della Relazione – confermano l'intreccio tra criminalità organizzata di tipo mafioso e terrorismo internazionale. Più che un intreccio, una totale compenetrazione.

¹ A questo riguardo vanno ricordati alcuni episodi sintomatici. Gli appartenenti a Cosa Nostra che realizzarono le stragi nel continente nel 1993 (maggio: Roma, via Fauro; Firenze, via dei Georgofili; luglio: Roma, Chiesa di San Giovanni in Laterano e San Giorgio al Velabro; Milano, Museo Nazionale d'Arte Moderna; ottobre: Roma, Stadio Olimpico) sono stati condannati per tali delitti ritenuti aggravati dall'aver agito per finalità di terrorismo ed eversione dell'ordine costituzionale (art. 1 dl n. 625/1979, conv. dalla l. 15/1980). La stessa aggravante della finalità di terrorismo è stata, più di recente, riconosciuta per la strage di extracomunitari consumata il 19 settembre 2008 in Castelvolturmo dal gruppo stragista del clan dei casalesi capeggiato da Giuseppe Setola.

A differenza delle altre formazioni terroristiche internazionali, l'IS è una associazione criminale che si è fatta Stato, con un territorio controllato (tra Siria e Iraq, con insediamenti in Libia), una popolazione, un ordinamento giuridico e una organizzazione amministrativa. Ma è uno Stato-mafia, perché, assieme al radicalismo ideologico e alla violenza terroristica, esprime anche imprenditorialità criminale e dominio territoriale con proiezioni transnazionali: i connotati essenziali e tipici delle associazioni di tipo mafioso.

Secondo stime recenti, l'IS accumula circa tre miliardi di dollari l'anno con attività criminali di vastissima portata, confermate dalle Risoluzioni adottate dalle Nazioni Unite nel 2015: traffici di stupefacenti, contrabbando di petroli e di opere d'arte, traffici di armi, contrabbando di tabacchi, traffici di migranti, estorsioni e sequestri di persona, corruzione e riciclaggio dei proventi illeciti. Si tratta di attività criminali che, per essere realizzate, necessitano di una vasta rete relazionale di complicità esterne alla associazione terroristico-mafiosa. Che, per generare profitti, tendono a interagire anche con l'economia legale e attraverso circuiti ufficiali (si pensi alle condotte di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo realizzabili attraverso i circuiti *money transfer*). D'altra parte, per una elementare e ineludibile legge di mercato, ogni scambio suppone un venditore e un acquirente, un'offerta che intercetta una domanda. All'offerta terroristica corrisponde una domanda globalizzata di servizi e prodotti illeciti.

Quanto accaduto a Parigi il 13 novembre 2015 ha certamente rappresentato una *escalation* rispetto ai pur drammatici attentati registrati non solo nei mesi scorsi, ma anche negli ultimi anni in Europa.

Le dimensioni e modalità degli attacchi hanno dato forma a quelle che erano le maggiori preoccupazioni di analisti ed investigatori, ossia la possibilità che soggetti europei "reduci" da teatri di conflitto quali l'Iraq e la Siria – i cd. *foreign fighters* – potessero rientrare in Europa e portare a termine azioni terroristiche programmate all'estero, avvalendosi non solo delle esperienze e delle capacità militari acquisite, ma anche della collaborazione di elementi stanziati sul territorio europeo e del supporto di miliziani stranieri inviati appositamente per partecipare agli attacchi.

È poi emerso che diversi dei soggetti coinvolti erano già a vario titolo noti alle autorità francesi e belghe quali estremisti, alcuni dei quali "reduci".

La domanda che ci poniamo è semplice e diretta: è adeguato il nostro sistema normativo ad una minaccia di tale intensità?

Di certo la normativa italiana, specie alla luce degli interventi del legislatore del 2015 è una delle più moderne ed avanzate in materia di contrasto al terrorismo.

Data la recente promulgazione è evidentemente ancora presto per analizzarne con completezza l'efficacia ed evidenziarne eventuali criticità, ma sicuramente – come dimostrato dai tragici fatti di Parigi – ha dedicato particolare attenzione a contrastare il fenomeno che si è rivelato essere maggiormente pericoloso: quello dei *foreign fighters*.

Ci si riferisce, in particolare, alla norma che prevede la punibilità degli “arruolati”: l'introduzione del secondo comma dell'art. 270 *quater*, con il quale viene ampliata la sfera punitiva anche nei confronti dei reclutati, ha sanato le lacune della precedente legislazione, che prevedeva la possibilità di sanzionare solamente l'arruolatore e non l'arruolato.

Come detto, questa norma, con pene di certo non lievi – la reclusione da 5 a 8 anni – ha correttamente individuato come condotte estremamente pericolose e da contrastare i casi di arruolamento spontaneo o su istigazione che sempre più frequentemente si registrano grazie anche alla rete internet.

È stato evidente l'interesse del legislatore a colpire il fenomeno dei *foreign fighters* ed in questa ottica è stato anche introdotto nel codice penale l'art. 270 *quater* 1, che sanziona l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo, cercando di punire anche coloro che li aiutano sotto il profilo organizzativo.

Anche la nuova fattispecie criminosa dell'autoaddestramento, in un'ottica di prevenzione, punisce con la stessa pena prevista per addestrati e addestratori anche coloro che avendo acquisito autonomamente istruzioni sulla preparazione o sull'impiego di esplosivi, armi, sostanze chimiche o comunque nocive nonché sulle tecniche per il compimento di atti violenti o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali per finalità di terrorismo, pongano in essere comportamenti con le medesime finalità.

Tra i comportamenti che consentono la punibilità, senz'altro, rientra il cercare di raggiungere – dopo aver acquisito questa esperienza – il teatro siro – iracheno per unirsi a formazioni terroristiche.

I problemi interpretativi delle nuove norme saranno affrontati dalla giurisprudenza, così come l'esigenza di parametrare le vecchie norme – a partire dall'art. 270 *bis* cp – alle nuove emergenze. Al riguardo, merita di essere segnalata la recente sentenza della Corte di cassazione (Sez. I, 6 ottobre 2015, depositata il 1 dicembre 2015) che, quanto ai limiti spaziali all'applicabilità delle legge italiana ai reati plurisoggettivi com-

messi in parte anche all'estero, ha affermato che la presenza dell'IS sul territorio italiano attraverso cellule attive comporta l'applicabilità a tale sodalizio della legge penale italiana, in specie l'art. 270-bis cp².

Inoltre le misure di prevenzione, in particolare la sorveglianza speciale con finalità antiterrorismo prevista nella nuova normativa anche per coloro che intendano raggiungere le aree di conflitto per unirsi a organizzazioni terroristiche, costituiscono un valido strumento di contrasto.

Tuttavia, su quest'ultimo punto è forse opportuno fare delle ulteriori riflessioni.

Dovrebbe essere anzitutto valutata, in un'ottica di progressivo adeguamento normativo alle esigenze di una efficace prevenzione, la disposizione di cui all'articolo 4 lettera d) del Codice antimafia, che prevede l'applicabilità della misura di prevenzione personale a «*coloro che, in gruppi o isolatamente, pongono in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti ... alla commissione di reati con finalità di terrorismo anche internazionale*». Tale formula potrebbe risultare eccessivamente restrittiva rispetto a coloro che, pur non ponendo (ancora) in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti e diretti alla commissione di atti di terrorismo, si presentino tuttavia già pericolosi, come nel caso di coloro che dichiarano pubblicamente, su internet, la loro adesione ai proclami fondamentalisti, di apologia del Califfato e incitamento all'esecuzione di atti di terrorismo, lanciati via web da altri soggetti³. Non va mai dimenticato

2 Muovendo dal consolidato principio secondo cui «è sufficiente che in Italia sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione ad opera di uno qualsiasi dei concorrenti», con la conseguenza che deve ritenersi «integrante il delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale la formazione di un sodalizio, connotato da strutture organizzative “cellulari” o “a rete”, in grado di operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici ovvero informatici anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi in rete, che realizzi anche una delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi o di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento», la sentenza conclude per l'applicabilità della legge penale italiana anche «in caso di cellula operante in Italia per il perseguimento della finalità di terrorismo internazionale sulla base della attività di indottrinamento, reclutamento e addestramento al martirio dei nuovi adepti, da inviare all'occorrenza nelle zone teatro di guerra, e della raccolta di denaro destinato al sostegno economico dei combattenti del “Jihad” all'estero».

3 Con la stessa sentenza la Cassazione ha affermato che la diffusione di contenuti via web, su siti ad accesso libero, può essere inquadrata nella previsione di cui all'art. 266, comma 4, cp, che definisce il

che simili proclami non sono mera espressione di opinioni, ancorché estreme, ma atti di guerra, anelli di una catena di azioni, che può condurre a omicidi e stragi di persone inermi⁴.

Potrebbero, inoltre, essere immaginate delle nuove modalità attuative della sorveglianza speciale con finalità antiterrorismo anche con l'utilizzo di tecnologia innovativa con strumenti elettronici di controllo.

Detta tecnologia, potrebbe consentire di contenere la pericolosità dei soggetti sottoposti alla sorveglianza speciale e ottimizzare l'utilizzo delle risorse per il loro controllo, anche prevedendo misure restrittive per il mancato rispetto delle prescrizioni previste.

Per essere assolutamente efficace, il contrasto giudiziario al terrorismo internazionale deve essere condotto in connessione con la lotta alle altre forme di criminalità organizzata e con spirito unitario tra tutte le istituzioni coinvolte, pur nel rigoroso rispetto dei ruoli.

Un diritto penale internazionale ancora non esiste, mentre appare pressante l'esigenza di reagire alla minaccia terroristica con risposte unitarie o, quantomeno, coordinate. Risposte che dovrebbero consistere nell'adeguamento dei sistemi giuridici e degli strumenti di cooperazione alle nuove caratteristiche, particolarmente insidiose e sfuggenti, del terrorismo internazionale e nella instaurazione di moduli e prassi uniformi di collaborazione tra i vari organismi giudiziari, investigativi e di intelligence.

Se il pubblico ministero può acquisire, anche di propria iniziativa, la notizia di reato (art. 330 cpp) e se il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo deve raccogliere ed elaborare dati, notizie e informazioni ai fini del coordinamento e dell'impulso investigativo (art. 371-bis, comma 2, cpp) anche in materia di terrorismo[l'art. 371-bis,

reato avvenuto pubblicamente quando è commesso «col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda».

4 In tal senso il decreto del Tribunale di Vicenza 8 gennaio 2016 che, in accoglimento della proposta della Direzione Antimafia e Antiterrorismo, ha affermato che l'adesione ai proclami apologetici del jihadismo e la loro diffusione in rete integrano gli atti preparatori obiettivamente rilevanti alla commissione di reati con finalità di terrorismo internazionale.

comma 3 lett. c) parla di criminalità organizzata senza ulteriori specificazioni), sembra indispensabile prevedere una prassi di raccordo tra investigazione giudiziaria e attività di *intelligence*, in termini di scambio di informazioni e di analisi relative alla conoscenza generale del fenomeno terroristico. Il principio del raccordo informativo è peraltro già presente nell'ordinamento processuale agli artt. 118-*bis*, 256-*bis* e 270 *bis* cpp, introdotti con la legge 124/2007.

L'Italia è già riconosciuta nelle sedi internazionali per la sua cultura del coordinamento, della cooperazione e delle garanzie individuali. Abbiamo affrontato e vinto il terrorismo interno con la sola forza del diritto e con lo strumento dei collaboratori di giustizia. Da oltre venti anni ci misuriamo con il terrorismo internazionale di matrice islamista. Poniamo al servizio della comunità internazionale questa grande esperienza.

Organizzazione per cellule del terrorismo Jihadista

di **Guglielmo Taffini**

Innanzitutto premetto che la sola cosa che dobbiamo temere è la paura della paura stessa, indotta appunto dal terrorismo. Mi riferisco all'ingiustificato ed irragionevole terrore che oggi rischia di paralizzare il progresso dello Stato di diritto ed infine di convertirlo per così dire in una ritirata.

La struttura per cellule è stata per la prima volta adottata dal terrorismo di estrema destra statunitense. La rottura con la tradizionale struttura piramidale, in favore della struttura cellulare, ha costituito infatti la risposta dei terroristi di destra alla forte repressione messa in atto dal Governo statunitense.

Questa nuova formula organizzativa del terrorismo è stata ripresa da alcuni membri di spicco nell'universo del jihad, come Mustafa al-QadirSetmariam Nasar alias Abu Musab Al-Suri, e Muhammad Ibrahim Makkawi.

Al-Suri, in *Appello alla resistenza islamica mondiale*, scrive, riprendendo quanto già teorizzato da Beam, che l'organizzazione gerarchica e centralizzata dei gruppi terroristici è ormai obsoleta. Infatti, la struttura gerarchica renderebbe le attività di Al-Qaeda più facilmente tracciabili ed indebolirebbe l'organizzazione, rendendola più vulnerabile alle operazioni delle forze anti-terroristiche. Al-Suri propone di sostituire la struttura gerarchica accentrata con una rete di cellule indipendenti, sganciate da ogni forma di gerarchia. Tali cellule dovrebbero essere costituite da un individuo o al massimo due, e tra le diverse cellule non dovrebbe esserci alcun legame organizzativo, ma esclusivamente uno ideologico, ovvero un programma ed un obiettivo comune. Al-Suri ritiene infine che tra la *leadership* di Al-Qaeda e le cellule non dovrebbe esserci alcun contatto. Quella che propone Al-Suri è una costruzione teorica organizzativa che assicura la segretezza e l'inaccessibilità dell'organizzazione, a detrimento del coordinamento. Tale forma comporta necessariamente la completa frammentazione dell'organizzazione.

Makkawi, in *La strategia di Al-Qaeda fino al 2020*, teorizza che l'organizzazione terroristica dovrebbe trasformarsi in una rete infinita di cellule che agiscono al di fuori di ogni gerarchia.

La preconizzata struttura per cellule individuali, teorizzata da Al-Sari e da Makkawi, non ha tardato manifestarsi violentemente con una serie di attentati che sono stati compiuti da cellule individuali, indipendentemente da direttive provenienti dalla testa di un'organizzazione. Tali sono l'attentato di Madrid nel marzo 2004, ove le autorità inquirenti hanno dimostrato che l'attacco era stato perpetrato da una cellula locale ispirata ad Al-Qaeda ma che non aveva ricevuto l'ordine diretto dai *leader* dell'organizzazione; l'attacco a Yanbu in Arabia Saudita nel maggio 2004; gli attentati a Taba in Egitto nell'ottobre 2004; il tentato attacco all'aeroporto di Amsterdam sempre nel 2004; il tentativo di far saltare il palazzo di giustizia di Madrid nell'ottobre 2004; l'attentato sventato a Sarajevo nell'ottobre 2005; i tentativi di attacco a Toronto, Chicago e in Danimarca nel 2006; gli attacchi sventati a Londra e Glasgow nel 2007.

Vi è poi una lunga serie di attentati ove le autorità inquirenti non sono riuscite a provare che vi fosse stato un ordine diretto alla cellula di attaccare da parte della testa dell'organizzazione.

In proposito, emblematici sono gli attentati a Charlie Hebdo e quelli più recenti del 13 novembre 2015.

L'attentato alla testata Charlie Hebdo, è stato rivendicato da Al-Qaeda tramite un video intitolato: *Vengeance for the Prophet: message regarding the blessed battle of Paris*. Nel video, Nasser bin Ali al-Ansi, membro della *leadership* di Al-Qaeda, acclama come eroi i fratelli Kouachi, e Coulibaly, che, secondo quanto da lui dichiarato, avrebbero agito per conto di Al-Qaeda. Due elementi possono far dubitare della veridicità della affiliazione diretta degli attentatori di Parigi ad Al-Qaeda. Primo, il video divulgato da Al-Qaeda non è altro che un bricolage delle immagini già diffuse dai media occidentali, e non contiene alcuna immagine inedita degli attentatori idonea a far ritenere sussistente un legame di natura organizzativa tra questi ultimi e Al-Qaeda. Secondo, Coulibaly ha giurato fedeltà al Califfo e all'Organizzazione dello Stato islamico (Osi).

Per quanto concerne gli attacchi di Parigi dello scorso 13 novembre 2015, la totalità dei media italiani e stranieri afferma che siano stati il risultato di un ordine diretto proveniente dal califfo dello Stato Islamico. Ebbene, mentre è certa la totale affiliazione ideologica degli attentatori, ad oggi non vi sono elementi fattuali noti sulla cui base ritenere che gli attentatori abbiano agito dietro disposizioni delle alte gerarchie dello

Stato Islamico. Infatti, la teoria per cui gli attentatori avrebbero agito su ordine dello Stato Islamico si fonda esclusivamente sulle generiche rivendicazioni ad opera di agenti dello stesso Stato.

In conclusione, gli attacchi a Parigi sembrano mostrare una certa frammentazione, nonché un *deficit* strutturale, che dominano l'universo delle cellule jihadiste, le quali, più che rappresentare la *longa manus* di Al-Qaeda o dello Stato Islamico, potrebbero altro non essere che "*lone offender*", la cui affiliazione alle organizzazioni jihadiste resta principalmente ideologica, senza divenire gerarchica.

Questa ricostruzione dovrebbe essere tenuta in conto nel mettere in atto la strategia antiterrorismo.

Tuttavia, si rammenta, gli attentati di Parigi hanno determinato il Governo francese a dichiarare guerra totale allo Stato Islamico e a proclamare lo Stato d'emergenza. Questo approccio sta comportando una progressiva compressione delle libertà fondamentali, e la svolta da Stato di diritto a Stato di sicurezza, ove i poteri dell'autorità giudiziaria sono rimpiazzati da quelli di polizia, con aumento della discrezionalità e diminuzione della controllabilità.

Questa tendenza del Governo francese in particolare, ma più in generale di tutti i governi occidentali, è (nella migliore delle ipotesi) dettata da due principali fattori. Primo, i governi occidentali non riescono ad operare, entro i confini dello Stato di diritto (che, a parere di chi scrive, sono già stati valicati nel momento in cui è stato proclamato lo Stato d'emergenza) un corretto bilanciamento tra il diritto dei cittadini al godimento delle libertà fondamentali e il dovere dello Stato di proteggere tali libertà. Secondo, i governi occidentali stanno affrontando la minaccia jihadista trattandola come un fenomeno unico, e seguendo la relazione: "*attentati a Parigi: azione = bombardamenti contro lo Stato Islamico: reazione*".

Quel bilanciamento tra diritti e sicurezza non potrà essere effettuato a livello teorico, ma dovrà essere costruito tramite una programmazione di interventi *ad hoc* nella lotta al terrorismo per cellule entro le garanzie dello Stato di diritto. Ciò implica innanzitutto una conoscenza approfondita delle cause e dei canali della radicalizzazione (dal carcere a internet, ai ghetti), sulla cui base pianificare un'azione variegata di prevenzione, che spazi dalla creazione di occasioni di effettiva integrazione e dall'abbandono delle politiche di segregazione (che privilegiano investimenti in sicurezza ed erezione di barriere a scapito di interventi che creano inclusione sociale) a un'*intelligence* realizzata da servizi d'informazione democratici e democraticamente controllati. Certa-

mente non è possibile contrastare una minaccia come quella terroristica per cellule senza servizi di sicurezza; ciò che è però necessario è una riflessione su come tali servizi dovrebbero operare per essere efficaci e chi – e con quali poteri – (esecutivo o autorità giudiziaria) dovrebbe essere preposto alla loro direzione e/o controllo.

Sin d'ora si può comunque affermare che lo Stato Islamico e la jihad per cellule sono fenomeni certamente non privi di interconnessioni, ma che tuttavia rimangono indipendenti l'uno dall'altro; e come tali, devono essere combattuti. Perciò, la strategia per cui un attacco frontale allo Stato Islamico è funzionale a debellare le cellule jihadiste presenti in Europa potrebbe mancare di visione complessiva dell'universo jihadista, e soprattutto della necessaria consapevolezza della forte eterogeneità che lo caratterizza.

È in effetti una reazione dettata da quella che all'inizio del mio intervento ho definito come terrore irragionevole ed ingiustificato che rischia di compromettere tutte le conquiste dello Stato di diritto.

Terrorismo e guerra

di *Roberta Barberini*

1. Daesh controlla il 50% del territorio siriano; il Califfato ha una capitale – Raqqa – un ordinamento, una divisa ed una bandiera.

Si parla di una guerra mondiale in miniatura. Il conflitto siriano è, propriamente, un conflitto interno e quindi non è tecnicamente una guerra¹, ma vede il coinvolgimento di potenti attori statuali stranieri: Stati Uniti e Russia, Arabia Saudita, Turchia, Iran e Unione europea.

Essi intervengono, ufficialmente, a sostegno dell'uno o dell'altro contendente, ma in realtà sono lì per combattere Daesh: la cosiddetta guerra è contro Daesh, è lo spettro del Califfo che spaventa l'occidente.

Nessuno riconosce a Daesh la dignità non diciamo di Stato, ma neppure di formazione irregolare legittima (di «guerriglieri» nel senso voluto dal primo Protocollo di Ginevra) e coerentemente lo stesso appellativo «Stato Islamico» è ripudiato – giustamente – dai più.

¹ È un conflitto interno (o guerra civile), anche se vede il coinvolgimento di Stati esteri a sostegno dei contendenti. Non è né una guerra, né, comunque, un conflitto armato internazionale – vale a dire fra Stati – nel senso voluto dal diritto di Ginevra. Ciò lo differenzia radicalmente dai conflitti in Iraq e Afghanistan: questi Paesi, nella fase antecedente al 2005 e 2006, quando s'insediarono i governi autonomi, erano ufficialmente sotto occupazione straniera, il che qualificava i relativi conflitti come conflitti internazionali. Ecco perché solo per l'Iraq e l'Afghanistan – e non per Siria – era astrattamente ipotizzabile l'attribuzione della qualifica di legittimo combattente, e quindi di prigioniero di guerra, a coloro che lottavano contro l'occupazione. Com'è noto, gli Stati Uniti rifiutarono tale qualifica ai prigionieri di Guantànamo («nemici combattenti»: categoria intermedia tra i prigionieri ed i detenuti).

E tuttavia, a leggere i giornali e a sentire i capi di Stato, quella contro Daesh è una «guerra», così come, secondo il presidente Bush, l'abbattimento delle *Twin Towers* era un atto di guerra, ed i prigionieri di Guantanamo «nemici combattenti», e non criminali comuni.

Questa confusione nell'uso delle parole, prima ancora che nelle nozioni, ha una spiegazione.

È anzitutto indubbio che guerra e terrore abbiano molti punti in comune.

È difficile immaginare una guerra che non causi paura estrema nella gente, e spesso ciò è qualcosa di più di un effetto collaterale della violenza. È l'obiettivo principale.

Anticamente, il saccheggio delle città catturate era pianificato al fine preciso di intimidirne gli abitanti, che fossero o meno combattenti; più recentemente, i bombardamenti aerei strategici si fondavano su di una teoria psicologica: si riteneva che minassero il morale della popolazione nemica.

I bombardamenti della Raf britannica su Dresda furono «bombardamenti terroristici» non solo nella retorica del Ministero della propaganda di Goebbels: si trattò di attacchi deliberati contro non combattenti. Anche i bombardamenti aerei in Iraq, Afghanistan e Siria hanno provocato terrore e morte tra i civili.

Se, d'altra parte, il terrorismo è l'uso sistematico del terrore al fine di ottenere un risultato politico, qualunque esso sia, questa definizione in qualche modo si attaglia anche alla guerra e, più in generale, anche agli Stati.

La parola terrorismo, anzi, fu coniata proprio con riferimento ad una forma di terrorismo di Stato: il periodo di Robespierre chiamato appunto «il Terrore».

Va, poi, considerato che l'approccio tradizionale, di tipo criminale, al fenomeno del terrorismo è andato in crisi: vi è una evidente insufficienza della legge penale a disciplinare le complesse situazioni generate in situazioni di conflitto armato e di vere e proprie occupazioni di territori statali da parte di gruppi organizzati, come è il caso di Daesh.

Ciò corrisponde ad una più generale crisi della nozione stessa, tradizionale, di terrorista.

Da fenomeno eversivo esclusivamente interno, il terrorismo ha lentamente mutato faccia: l'azione terrorista si lega, oramai, a qualsiasi possibile obiettivo, ideologia e fondamentalismo: può riferirsi ad un determinato territorio o nazione, e rappresentare il

braccio armato di movimenti di liberazione nazionale, ovvero assumere le caratteristiche di rete terroristica o cupola transnazionale non solo islamica.

Gli Stati hanno perso il monopolio della minaccia ad altri Stati: grazie ad una serie di nuovi fenomeni e condizioni, tra cui il progresso tecnologico, l'integrità degli Stati è minacciata non da altri Stati, ma da individui e reti che agiscono a livello sub-statale e non territoriale.

Fu in base a queste, o simili, considerazioni, che negli Stati Uniti, un mese dopo l'attacco dell'11 settembre, entrò in vigore il famigerato *Patriot Act*, intitolato alla mobilitazione contro il terrorismo secondo una logica amico/nemico, e fu battezzato l'ibrido senza diritti del combattente nemico, il prigioniero in tuta arancione cui tutto è negato: la certezza della pena, il giusto processo, la data verosimile della fine dell'espiazione.

2. Che cosa è quindi che distingue un terrorista, e cioè un criminale, da un guerriero o quanto meno da un guerrigliero e quindi da un legittimo combattente?

C'è una enorme differenza tra le due categorie, non solo dal punto di vista morale, e cioè della giustificabilità della violenza, ma anche, ciò che qui più interessa, dal punto di vista della reazione da parte dello Stato: come ci ha ricordato Luigi Ferrajoli², ad un atto di guerra si risponde con la guerra; a un crimine, se pure gravissimo, si risponde con il diritto, cioè con l'accertamento e la punizione dei colpevoli.

E tuttavia questa logica è già saltata, nel caso del terrorismo: da tempo si ritiene legittimo, per uno Stato, reagire con la guerra ad un crimine.

Già ben prima delle guerre in Iraq ed Afghanistan si era ritenuto che un attacco terroristico – e non, quindi, di un altro Stato - legittimasse il ricorso all'uso della forza da parte dello Stato attaccato, configurato come esercizio del diritto di autodifesa previsto dall'art. 51 della Carta delle nazioni unite.

Fu dopo il raid in Libia del 14 aprile 1986 che gli Stati Uniti, chiamati a giustificare l'uccisione di 5 terroristi e 37 civili e la violazione del territorio di uno Stato sovrano, sostennero per la prima volta nella storia del diritto internazionale che un attacco terroristico - nella specie il rapimento, per due anni, di diplomatici americani - potesse

2 L. Ferrajoli, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in questo e-book.

fondare l'esercizio del diritto di autodifesa e quindi il ricorso all'uso della forza da parte dello Stato attaccato.

La reazione statunitense fu, all'epoca, condannata, ma suscitò una quantità di questioni di diritto internazionale: se gli atti di terrorismo siano in sè "illegali" secondo il diritto internazionale, e su quali basi; in quali circostanze uno Stato vittima possa legalmente rispondere con le armi ad atti di terrorismo e nei confronti di chi: terroristi individuali, Stati che sostengono i terroristi o semplicemente li tollerano.

Tutto ciò che attiene, in generale, all'uso legittimo della forza in campo internazionale.

La questione, come è noto, fu poi esplicitamente affrontata dal Consiglio di Sicurezza nel caso Lockerbie: il Consiglio di Sicurezza, con la risoluzione 748 del 1992 impose sanzioni contro la Libia per la connessione con attività terroristiche e per il rifiuto di estradare due cittadini libici accusati di aver partecipato, nel 1988, all'attacco contro il volo Pan Am 103 sopra Lockerbie, Scozia.

In tale occasione il Consiglio di Sicurezza affermò che gli Stati che sostengono terroristi violano l'art. 2.4 della Carta (*«Gli Stati debbono astenersi dall'uso della forza contro l'integrità territoriale e l'indipendenza politica di altri Stati»*) e che, pertanto, la reazione nei loro confronti si qualifica come legittima difesa.

In proposito, va ricordato che anche l'occupazione dell'Iraq e dell'Afghanistan furono espressamente configurate, dal Consiglio di Sicurezza che autorizzò le due operazioni militari, come esercizio del diritto di autodifesa (preventivo nel caso dell'Iraq) contro l'Iraq di Saddam Hussein e l'Afghanistan dei Talebani³.

Quindi sono state le Nazioni Unite, per prime, ad elevare una organizzazione criminale al livello di uno Stato in guerra, con tutte le conseguenze che ne sono derivate

3. È fin troppo facile escludere che Daesh o Al Qaeda siano legittimi combattenti – nel senso voluto dal diritto umanitario – e riconoscere che, invece, sono sanguinose organizzazioni terroristiche

3 Risoluzioni 1386 del 2001 e 1483 del 2003. Quest'ultima qualificò espressamente gli Stati Uniti e la Gran Bretagna come potenze occupanti ed autorizzò l'operazione di liberazione dell'Iraq sotto la specie dell'esercizio del diritto di legittima difesa preventiva contro l'Iraq di Saddam Hussein, considerato come Stato canaglia in possesso di armi di distruzione di massa pronte per l'uso.

Rimanendo al caso Siria, intanto va osservato che si tratta di un conflitto interno, e non internazionale⁴; poi, che Daesh non è, propriamente, "parte in conflitto", poiché persegue obiettivi egemonici suoi propri e poiché, inoltre, per Daesh il "nemico" è una qualunque minoranza, non solo religiosa, che rifiuta di piegarsi alla sua totalizzante logica radicale; che, comunque, i metodi adottati, o meglio il tipo di violenza esercitata, e gli obiettivi scelti – civili non combattenti – non rendono neppure ipotizzabile l'attribuzione di una qualche forma di legittimazione della violenza esercitata⁵.

Perfino il soldato regolare, armato e in divisa, impegnato in un conflitto armato del tipo disciplinato dal diritto di Ginevra, deve limitare la sua "violenza" agli atti cd. di belligeranza, cioè agli atti tipici del combattimento.

Esulano dal concetto non solo condotte come stuprare, torturare e trucidare barbaramente intere fette di popolazione civile (in una vera guerra sarebbero crimini di guerra) ma anche semplicemente condotte non tipiche del combattimento, come l'addestrare combattenti, fornire armi, sabotare o distruggere opere militari, fare opera di spionaggio: questi non sono atti di belligeranza, anche se hanno a che fare con un conflitto.

Quindi a prescindere dal fatto che in Siria si combatta o meno una vera guerra, i tagliagole dell'Isis non sono legittimi combattenti, su questo non ci sono dubbi.

4. La questione della distinzione tra terrorismo e guerra diventa invece più complessa quando ci si riferisce a tipi di combattenti che astrattamente potrebbero rientrare nelle categorie del diritto di Ginevra e che perseguono obiettivi in sé legittimi o anche solo buoni o nobili, primo fra tutti la liberazione dalla dominazione straniera (i combattenti per la libertà)⁶.

4 Solo i protagonisti di un conflitto armato internazionale possono essere considerati legittimi combattenti, e godere del trattamento dei prigionieri di guerra. Nei conflitti interni (o guerre civili), vale a dire nei conflitti combattuti all'interno di uno Stato, i contendenti – Stato e ribelli – non sono considerati sullo stesso piano: lo Stato è libero di assoggettare i ribelli alla propria potestà punitiva.

5 Sono espressamente proibiti, dal diritto umanitario, gli atti compiuti contro persone protette, tali essendo non solo i civili, ma anche gli appartenenti alle forze armate avverse che hanno deposto le armi, e quelli fuori combattimento a causa di malattia, ferimenti, prigionia ed ogni altra causa.

6 Le guerre di liberazione nazionale o conflitti per l'autodeterminazione a rigore sono conflitti interni, ma sono stati assimilati ai conflitti internazionali dal diritto di Ginevra. Qui le norme in materia di le-

Qui diventa più difficile dire se un soggetto è un legittimo combattente o un terrorista.

Va detto che negli anni settanta del secolo scorso il tema della differenza tra atti di terrorismo e lotta per l'autodeterminazione, la libertà e l'indipendenza, aveva avuto sostanziali riconoscimenti di principio all'interno delle Nazioni Unite, ed era stato frequentemente ribadito nelle Risoluzioni contro il terrorismo dell'Assemblea generale.

Era in questo clima che al Segretario generale delle Nazioni Unite Kurt Waldheim fu impedito di tenere, nei confronti degli autori del massacro di 11 atleti israeliani alle Olimpiadi di Monaco del 1972, la posizione ferma che l'orrore di quell'attentato meritava.

Una minoranza che comprendeva molti Stati arabi, ma anche vari Stati africani ed asiatici, si oppose alla discussione del tema in seno alla Assemblea Generale in quanto *«i popoli che combattono per liberarsi dall'oppressione e dallo sfruttamento straniero hanno il diritto di utilizzare tutti i metodi a loro disposizione, inclusa la forza»*⁷.

Dagli anni ottanta in poi, tuttavia, vi è stata una graduale affermazione della illegittimità assoluta e quindi della ingiustificabilità degli atti di terrorismo, cui corrispose la graduale accettazione del principio da parte della opinione pubblica. Quella occidentale, in particolare, fu, in quegli anni, certamente influenzata in tal senso dall'evoluzione del conflitto mediorientale: gli attacchi contro civili da parte dei palestinesi sempre più sono stati sentiti come ingiustificabili, anche da chi prima considerava legittima la loro resistenza all'occupazione israeliana.

gittimo combattente trovano applicazione, in forza del primo Protocollo alle Convenzioni di Ginevra del 1977, come nei conflitti internazionali. In essi un popolo, non ancora costituitosi in Stato indipendente, lotta contro il governo al potere per realizzare il diritto all'autodeterminazione. Il Protocollo fa espresso riferimento alle dominazioni coloniali o razziste. Il metodo della guerriglia, prima sconosciuto, fu qui, a certe condizioni, legittimato, anche se in sede di ratifica la maggior parte degli Stati ha offerto una interpretazione restrittiva del termine guerrigliero. Si noti che, invece, i movimenti secessionisti promossi da minoranze etniche vanno considerati a tutti gli effetti conflitti interni.

7 Due gli argomenti portati: in primo luogo si disse che tutti i movimenti sono etichettati come terroristici dai regimi contro i quali rivolgono la loro lotta per la libertà (si pensi ai nazisti, che etichettavano come terroristi i membri della resistenza). In secondo luogo si sostenne che non è la violenza in sé da condannarsi, ma le cause ad essa sottese, e cioè «la miseria, la frustrazione, il lutto e la disperazione» che producono gli atti di violenza.

Oggi il principio dell'ingiustificabilità degli atti di terrorismo, qualunque sia l'obiettivo perseguito, è affermato in modo perentorio dalle Nazioni Unite e quindi dal diritto internazionale.

5. Troppo a lungo il tabù legato al termine terrorismo si è esteso a proteggere autori di crimini mostruosi, di violenze indicibili contro inermi.

Non è vero che è impossibile distinguere un terrorista da un combattente per la libertà: il punto è che col dire che il terrorista di uno è il combattente per la libertà di un altro, semplicemente si confonde l'obiettivo con l'attività.

Il terrorismo è una tattica, è un modo di raggiungere un obiettivo politico.

Questa tattica può essere utilizzata da individui o gruppi che perseguono qualsiasi tipo di obiettivo finale, ivi inclusa la liberazione nazionale, ed in effetti nella storia ciò è frequentemente avvenuto.

La prima guerra mondiale fu scatenata da un attentato terroristico – l'assassinio dell'arciduca Francesco Ferdinando – per opera di un nazionalista serbo, che mirava a liberare i Balcani dalla dominazione austro ungarica.

L'ondata di terrorismo che seguì la fine della seconda guerra mondiale era, d'altra parte, associata precisamente alla causa dell'indipendenza nazionale delle colonie rispetto ai poteri europei.

Non sempre la lotta per l'indipendenza assunse allora la forma del terrorismo. Ad esempio, nel 1949, in Indonesia, la lotta armata contro gli olandesi assunse di prevalenza le forme della guerriglia rurale, e non del terrorismo.

Metodi terroristici furono invece notoriamente utilizzati per ottenere l'indipendenza nazionale in Palestina e Algeria.

Non è, pertanto, vero che la guerra è ciò che fanno gli Stati, mentre il terrorismo è il mezzo cui ricorre chi è troppo debole per opporsi apertamente agli Stati: i deboli possono adottare strategie di resistenza anche violente, ma che non comportino metodi terroristici, come la guerriglia.

La guerriglia, benché forma di combattimento non convenzionale, funziona secondo le normali logiche militari, a cominciare dal fatto di impegnare le forze armate dello Stato, se pure in scala minore di una guerra tradizionale. Nella guerriglia, il requisito in base

al quale la guerra è solo «la collisione di due forze attive», e non l'azione di «una forza attiva contro una massa inattiva» – come disse Von Clausewitz – è comunque rispettato.

Il processo che definisce la guerra è il combattimento. L'essenza del terrorismo, al contrario, è sicuramente la negazione del combattimento.

6. Il terrorismo, poi, è sleale: gli obiettivi sono aggrediti in modo da inibire l'autodifesa. Essi, inoltre, spesso non sono selezionati, sono casuali⁸ e questa è in fondo la caratteristica che segna il terrorismo nel pensiero collettivo.

Questa casualità è ingrediente fondamentale del processo psicologico del terrore.

Nel bombardamento indiscriminato di un mercato, un negozio o un bar, c'è il rifiuto di accettare come vincolanti le distinzioni morali – non solo giuridiche – tra belligeranti e neutrali, combattenti e non combattenti, obiettivi legittimi e illegittimi.

Le vittime non si identificano necessariamente con «gli innocenti»: il tentativo di trasferire la nozione di «civili innocenti» dal diritto internazionale dei conflitti allo studio del terrorismo è fallito sul nascere a fronte della constatazione che l'innocenza è un altro concetto relativo ed instabile.

Fu difficile, per coloro che nella seconda guerra mondiale combattevano contro la Germania, accettare l'idea che i civili tedeschi non avessero nessuna responsabilità circa l'esistenza e la condotta del regime nazista.

Meritavano i civili tedeschi la protezione contro l'attacco diretto garantita in linea di principio dal diritto umanitario, o anche solo la protezione – molto meno intensa – contro i danni indiretti o «collaterali»? Non secondo Churchill.

Ma naturalmente i tedeschi erano i primi a non sentirsi sostanzialmente innocenti.

Caratteristica delle vittime del terrorismo è, piuttosto, la vulnerabilità: gli obiettivi possono anche non essere obiettivamente innocenti, ma devono essere praticamente senza difesa, inermi (*soft targets*).

L'essenza del terrorismo è l'uso della violenza da parte di chi è armato contro l'inermi.

⁸ Questa, naturalmente, non è la regola, perché i terroristi prendono, altre volte, di mira, obiettivi di elezione e simbolici, come capi di Stato ecc.

7. Quindi il terrorismo è un metodo, una tattica..

Questa tattica può essere ausiliaria – un elemento di una più ampia strategia militare o di guerriglia – ovvero può essere confinata ad obiettivi limitati: vendetta, pubblicità, dichiarazione politica, rilascio di prigionieri, autonomia...

Può anche essere assoluta: il perseguimento di obiettivi politici attraverso l'utilizzo sistematico del solo terrore. Questo è il caso dell'Isis.

È quest'assoluta, indipendente strategia del terrore, piuttosto che l'azione terroristica in sé, che dovrebbe propriamente essere definita "terrorismo".

8. A noi Paesi europei si pone il problema della reazione, che deve essere reazione dell'ordinamento, della civiltà del diritto, e non reazione militare. Di questo parleranno diffusamente altri relatori. Su questo rimando, nuovamente, allo scritto di Luigi Ferrajoli.

Non posso però fare a meno di ricordare, in quest'occasione, la vicenda Abu Omar, che è assolutamente pertinente in quanto – non tutti lo ricordano – essa si inquadra in quella più ampia delle *extraordinary renditions* e quindi della cooperazione tra americani ed europei nella guerra al terrorismo.

La recentissima condanna subita dall'Italia da parte della Corte europea per aver, nel 2003, consegnato all'Egitto Abu Omar, su iniziativa di agenti della Cia, è relativa a fatti gravissimi troppo presto dimenticati, e ci ricorda quanto insufficiente sia stata, da parte dei democratici governi europei, la revisione critica sulle pratiche adottate nella guerra globale contro il terrorismo.

Di fronte ai parlamenti nazionali, alle opinioni pubbliche e alle stesse istituzioni europee, la vicenda dei sequestri di persona, delle prigioni segrete, dei trasferimenti clandestini verso Paesi che praticano la tortura chiama i governi europei a un approfondito esame di coscienza sulle pratiche adottate nella guerra globale contro il terrorismo.

Il progresso sulla strada della tutela dei diritti dell'individuo è passato storicamente attraverso il rigetto della tortura come metodo d'indagine e all'affermazione del diritto di ogni accusato a un giusto processo dove egli possa presentarsi e difendersi con tutte le garanzie di una legge equa.

La notizia dell'utilizzo di forme di tortura a Guantanamo e Abu Ghraib e della deportazione di sospetti terroristi in Paesi dove si pratica la tortura non ha suscitato pro-

teste di cittadini né le reazioni che il caso avrebbe meritato da parte delle istituzioni internazionali e dei singoli governi.

Eppure la scena della tortura coinvolge le ragioni ultime per cui si parla di civiltà e barbarie, Dove è finita l'ondata di vergogna che per qualcosa di simile travolse le istituzioni della Francia intera ai tempi della guerra di Algeria?

La condanna dell'Italia tutto questo ci ricorda. Al tempo stesso, però, essa vale a ribadire che il punto di crisi della cooperazione tra Europa ed America nella guerra contro il terrorismo risiedeva proprio nella diversa concezione della nozione di "legalità".

È questo il patrimonio culturale dell'Europa e tale deve rimanere.

Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*

di *Luca Masera*

1. Premessa

L'argomento assegnatomi coinvolge due temi che rappresentano oggi i maggiori motivi di allarme nel dibattito pubblico europeo: proprio i timori legati al radicamento del terrorismo islamico in Europa, da un lato, ed al massiccio afflusso di richiedenti asilo provenienti da zone di guerra, dall'altro, sono all'origine di una crisi di fiducia senza precedenti in alcuni degli ideali fondativi dell'Unione europea (su tutti la libera circolazione delle persone ed il rispetto dei diritti fondamentali), che vengono ormai esplicitamente messi in discussione da partiti politici o addirittura da Governi di diversi Paesi europei.

Considerata la vastità del tema, è indispensabile scegliere una prospettiva in cui affrontare i rapporti tra i due fenomeni oggetto del mio intervento, e tale prospettiva non può che essere quella propria di chi vi parla, che di professione insegna diritto penale, e ha avuto modo di occuparsi in diverse occasioni della tutela dei diritti fondamentali dei migranti. Senza quindi negare la legittimità delle esigenze di tutela della collettività che stanno a fondamento degli istituti che si andranno ad analizzare, la prospettiva seguita sarà esplicitamente "di parte", cioè sarà volta a verificare se ed in che misura queste esigenze vengano perseguite nel rispetto dei diritti fondamentali.

La prima parte del mio intervento intende analizzare la questione di come la disciplina (penale ed amministrativa) di contrasto al terrorismo interferisca con quella in materia di immigrazione. Vedremo in che modo (da un punto di vista normativo,

1 Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di luglio 2016.

non criminologico) la circostanza che il soggetto coinvolto in attività terroristiche sia uno straniero rilevi al fine del suo trattamento giuridico, e ciò ci porterà a concentrarci sull'istituto dove le due materie si intersecano, quello dell'espulsione dello straniero condannato o sospettato di attività terroristiche: istituto che, come vedremo, risulta quanto mai problematico nell'ottica del rispetto dei diritti fondamentali.

Nella seconda parte l'attenzione sarà invece dedicata ad una vicenda che non riguarda il tema del terrorismo, ma quello del rispetto dei diritti fondamentali dei migranti irregolari nelle prime fasi successive al loro arrivo in Italia. Il 22 giugno 2016 si discuterà presso la Grande Camera della Corte Edu (caso *Khlaifia c. Italia*: il collega Stefano Zirulia ed io siamo i rappresentanti dei ricorrenti) una vicenda che riguarda la legittimità del sistema di accoglienza a Lampedusa nel 2011, sotto il profilo in particolare del rispetto della libertà personale dei migranti: daremo brevemente conto della vicenda, e vedremo come la decisione che assumerà la Corte rilevi non solo in relazione ai fatti del 2011, ma anche all'attuale gestione degli arrivi in Italia ed in Europa.

2. L'espulsione dello straniero coinvolto in attività terroristiche

Quando il soggetto coinvolto in attività terroristiche non è cittadino italiano, oltre agli strumenti sanzionatori applicabili in generale (le sanzioni penali previste dalla diverse norme incriminatrici in materia di terrorismo, e le misure di prevenzione per gli indiziati di terrorismo), un ruolo centrale ricopre l'istituto dell'espulsione dal territorio dello Stato, che nel nostro ordinamento può rivestire diverse forme.

Le espulsioni in materia di terrorismo si distinguono innanzitutto a seconda che vengano disposte dal giudice penale, o dall'autorità amministrativa¹.

Per quanto riguarda le espulsioni del primo tipo, l'ipotesi è quella dell'espulsione a titolo di misura di sicurezza prevista per i reati in materia di terrorismo dall'art. 312 cp, ed applicabile tanto agli stranieri extracomunitari che a quelli comunitari (per questi ultimi l'istituto prende il nome di allontanamento, invece che di espulsione, ma la diffe-

¹ Per una complessiva ricognizione della normativa in materia di espulsione degli stranieri, cfr. *ex multis* Cherchi, *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, a cura di Morozzo della Rocca, 2015, 229 ss.

renza è meramente terminologica). Quando lo straniero viene condannato ad una pena detentiva per un reato di terrorismo, e risulti socialmente pericoloso, il giudice penale, nella sentenza di condanna, è tenuto ad applicare la misura di sicurezza dell'espulsione, che sarà eseguita al termine dell'espiazione della pena, a condizione che, a giudizio del magistrato di sorveglianza, lo straniero risulti ancora pericoloso.

L'espulsione amministrativa per ragioni di terrorismo (che prescinde da una condanna in sede penale, e riguarda solo gli stranieri extracomunitari) può poi essere di tre tipi. La prima è quella prevista dall'art. 13 co. 1 d.lgs n. 286/1998 (di seguito: Tui), secondo cui «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato». La seconda, sempre di competenza del Ministro dell'interno (o, su sua delega, del prefetto), è prevista dall'art. 3 dl n. 144/2005 (contenente «misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale», e convertito in l. n. 155/2005), e può essere disposta «quando vi sono fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». La terza è quella che, ai sensi dell'art. 13 co. 2 lett. c. Tui (così come modificato nel 2015), viene disposta dal prefetto nei confronti dello straniero che «appartiene a taluna delle categorie indicate negli artt. 1, 4 e 16 del d.lgs 6 settembre 2011, n. 159»².

Non abbiamo in questa sede lo spazio neppure per abbozzare un'analisi di tutti i numerosi profili problematici relativi a ciascuno di tali istituti. Ci soffermeremo solo su due aspetti particolarmente delicati sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali: il primo, comune a tutte le figure di espulsione, relativo al rischio di tortura o trattamenti inumani o degradanti cui può andare incontro nel proprio Paese di provenienza lo straniero condannato o sospettato di terrorismo; ed il secondo, proprio in particolare delle espulsioni ministeriali, relativo al rispetto delle garanzie procedurali nell'esecuzione del rimpatrio.

2 Per quanto qui di interesse, tra i diversi destinatari delle misure di prevenzione di cui al d.lgs n. 159/2011, vedi in particolare i soggetti individuati all'art. 4 co. 1 lett. d. (così come modificato dal dl n. 7/2015, convertito in l. 43/2015), per cui tra i destinatari di tali misure rientrano coloro che «pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270 cp».

2.1. Il pericolo di violazione dei diritti fondamentali nello Stato di destinazione dello straniero espulso

La questione che ci interessa è oggetto di una ormai copiosa giurisprudenza della Corte Edu, le cui coordinate sono state tracciate da due notissime sentenze, quella della Grande Camera *Chahal c. Regno Unito*³, relativa ad un caso di espulsione verso l'India, e quella sempre della Grande Camera *Saadi c. Italia*⁴, del 2008, relativa al rimpatrio di un cittadino tunisino.

La Corte, nella sua più autorevole composizione, ha ribadito un principio che aveva cominciato ad affermarsi nella sua giurisprudenza dagli anni Novanta⁵, quello per cui il rispetto dell'art. 3 Cedu comporta per gli Stati contraenti non solo il divieto di realizzare le condotte ivi proibite, ma anche di espellere lo straniero verso un Paese ove è a rischio di subire i trattamenti in questione.

Nelle sentenze citate, la Corte ha fatto affermazioni molto decise nel contrastare il tentativo di alcuni Governi (specie quello britannico) di sostenere che, mentre sarebbe assoluto il divieto per gli organi dello Stato contraente di ricorrere a tali pratiche, quando si tratta del rischio che uno Stato terzo pratichi tali trattamenti «i diritti del ricorrente devono essere bilanciati con gli interessi della collettività nel suo insieme»⁶: se si tratta di un pericoloso terrorista, insomma, sarebbe possibile accettare il rischio di violazione dell'art. 3 da parte di uno Stato terzo, considerata la minaccia che lo straniero rappresenta per la sicurezza dello Stato.

3 Corte Edu, Grande Camera, 15.11.1996, *Chahal c. Regno Unito*, 22414/93.

4 Corte Edu, Grande Camera, 28.2.2008, *Saadi c. Italia*, 37201/06.

5 Per una breve ricostruzione di tale giurisprudenza, cfr. per tutti Pustorino, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelsky, 2012, 85 ss.

6 *Saadi*, cit., § 120. Così viene ricostruita più distesamente nella sentenza l'argomentazione del Governo inglese: «È vero che la protezione offerta dall'art. 3 della Convenzione contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti è assoluta. Tuttavia, in caso di espulsione, questi trattamenti non sarebbero commessi dallo Stato firmatario, ma dalle autorità di uno Stato terzo. Lo Stato firmatario è allora legato da un obbligo positivo di protezione contro la tortura implicitamente dedotto dall'art. 3. Ora, nel campo degli obblighi positivi ed impliciti, la Corte ha ammesso che i diritti del ricorrente devono essere bilanciati con gli interessi della collettività nel suo insieme».

La logica proposta dal Governo britannico è (in maniera appena più *soft*) quella che reggeva le tristemente note *extraordinary renditions* praticate dalla Cia in Europa e nel mondo nello scorso decennio: i Governi occidentali non torturano i terroristi, perché nei Paesi civili queste pratiche non sono tollerate, però si può chiudere un occhio se Governi di Paesi meno civili, nostri alleati, non disdegnano tali pratiche. La soluzione migliore è che le nostre mani rimangano pulite, ed il lavoro sporco lo facciano i “nostri” dittatori. Con una logica tanto pericolosa quanto ipocrita, si mira a conservare la coscienza pulita, di fronte all’opinione pubblica ed alla comunità internazionale, pur essendo complici delle peggiori violazioni dei diritti fondamentali.

Con forza, ed a più riprese, la Corte ha contrastato questa logica, affermando che il tipo di reati commessi dallo straniero non rileva in relazione alla protezione accordata dall’art. 3 Cedu⁷, che conserva il suo carattere assoluto anche quando il soggetto sia un terrorista, e anche quando riguardi il pericolo che la violazione sia compiuta da agenti di uno Stato terzo.

Anche nella determinazione dell’onere della prova, la Corte ha mostrato di essere attenta a che la tutela dello straniero sia effettiva, e non soltanto declamata. La questione centrale per determinare in concreto l’ampiezza della tutela è in effetti quella degli elementi su cui la Corte basa la propria decisione. I Governi solitamente adducono, a negazione del rischio di tortura, che il Paese terzo aveva sottoscritto diversi accordi internazionali a tutela dei diritti fondamentali, e spesso producono documenti di varia natura provenienti dal Paese terzo, che rassicurano le autorità dello Stato contraente circa il rispetto dei diritti dello straniero qualora egli venisse rimpatriato. I ricorrenti, invece, sono soliti basare la loro domanda su rapporti di Ong attive nel settore dei diritti umani (in particolare Amnesty International) o di autorità governative (in diversi casi sono citati i rapporti del Dipartimento affari esteri del Governo Usa), che reputano accertato il ricorso alla tortura verso i sospetti terroristi.

La Corte non ha mancato occasione per affermare, ribadendo i principi di *Chahal* e *Saadi*, che né il dato formale della sottoscrizione di accordi in tema di diritti umani, né

⁷ Cfr. in particolare ancora *Saadi*, cit., § 127: «L’art. 3, che proibisce in termini assoluti la tortura o le pene o trattamenti inumani e degradanti, sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche. (...) Essendo il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani e degradanti assoluto, quali che siano i comportamenti delle persone coinvolte, il tipo di reato di cui è ritenuto responsabile il ricorrente è influente ai fini della valutazione di cui all’art. 3».

generiche rassicurazioni degli organi dello Stato terzo sul rispetto di tali diritti, bastano a rendere l'espulsione conforme al divieto di cui all'art. 3. Al contrario, se i rapporti di fonti autorevoli (governative o Ong) concordemente affermano l'accertamento di casi di violazioni gravi dei diritti fondamentali dei detenuti per terrorismo in un certo Paese, ciò può ritenersi adeguato a fornire prova del rischio di violazione dell'art. 3⁸.

Se la Corte Edu è dunque chiara nel porre precisi limiti alla potestà dello Stato contraente di espellere lo straniero verso Stati ove vi è il rischio di tortura, è grave constatare come in più di un'occasione lo Stato italiano abbia violato in maniera esplicita le prescrizioni della Corte. I casi cui faccio riferimento sono relativi all'espulsione di sospetti terroristi tunisini, negli anni immediatamente precedenti la rivoluzione del 2011, anni in cui gli accordi bilaterali italo-tunisini in materia di immigrazione rendevano particolarmente facili i rimpatri dei tunisini. In almeno tre occasioni, a quanto una breve ricerca mi ha consentito di verificare, la Corte Edu, investita del caso secondo la procedura d'urgenza prevista all'art. 39 del Regolamento della Corte, aveva intimato allo Stato italiano di sospendere il rimpatrio di un sospetto terrorista tunisino, e purtuttavia, le autorità italiane avevano proceduto comunque al rimpatrio, in aperta violazione della misura cautelare sospensiva del provvedimento disposta dalla Corte Edu⁹.

Si tratta a mio avviso di episodi gravissimi, tanto più considerando che sono tutti successivi alla sentenza *Saadi*, quando la Corte (nella composizione di Grande Camera) aveva già affermato in modo inequivocabile che le espulsioni di sospetti terroristi verso la Tunisia erano vietate. Di fronte ad un preciso ordine cautelare della Corte Edu di sospendere l'espulsione, l'autorità di polizia (e quella giudiziaria, visto che il provvedimento di rimpatrio era stato convalidato dal giudice di pace) ha deciso di procedere comunque al rimpatrio. Rispetto alle *extraordinary renditions*, qui il sospetto terrorista non viene rapito per essere inviato nel Paese ove verrà torturato, ma sono le autorità italiane che alla luce del sole, in violazione di un ordine della Corte Edu, inviano il terrorista verso un Paese dove è molto probabile che verrà torturato: una *rendition* meno *extraordinary*, ma comunque consapevolmente illegale, e ugualmente lesiva dei diritti fondamentali dello straniero.

8 Cfr. ancora, per i necessari riferimenti giurisprudenziali, Pustorino, cit.

9 Corte Edu, Seconda sezione, 24.2.2009, *Ben Khemais c. Italia*, 246/07; Corte Edu, Seconda sezione, 5.4.2011, *Toumi c. Italia*, 25716/09; Corte Edu, Seconda sezione, 27.3.2012, *Mannai c. Italia*, 9961/10.

Queste vicende impongono una breve riflessione di portata più generale, riguardo all'efficacia delle sentenze della Corte Edu e alla loro concreta applicazione nell'ordinamento interno. In effetti, i casi appena citati hanno suscitato forti prese di posizione da parte del Consiglio d'Europa¹⁰, ma in sede giudiziaria l'espressa violazione dell'ordine cautelare della Corte da parte dell'Italia si è tradotta soltanto (ed altro non poteva essere) nella constatazione che l'Italia ha violato non solo l'art. 3, ma anche l'art. 34 della Convenzione, in quanto ha negato allo straniero la tutela garantitagli dalla Convenzione: davvero troppo poco, ci pare, considerata la gravità di condotte con cui le autorità dello Stato hanno scelto deliberatamente di violare una disposizione cautelare vincolante della Corte Edu, rimpatriando un individuo in un Paese ove la Corte ritiene accertato egli corra un rischio grave e attuale di essere sottoposto a tortura.

In ipotesi di questo genere (come anche nei casi in cui non vi sia stato un provvedimento *ex art.* 39, e tuttavia il divieto di una certa condotta risulti in modo inequivoco dalla giurisprudenza della Corte), non ci pare da escludere la possibilità di valutare in capo alle persone fisiche che materialmente hanno contribuito all'esecuzione del rimpatrio (*in primis* il questore che ha eseguito il provvedimento espulsivo ed il giudice di pace che l'ha convalidato) gli estremi di una responsabilità penale (i primi reati che vengono in considerazione sono l'abuso d'ufficio e la violenza privata) o almeno disciplinare. Come non vi sarebbero dubbi che si esponga ad un procedimento penale un agente di pubblica sicurezza che consapevolmente trasgredisca un ordine di un magistrato italiano, non si vede per quale motivo ciò non dovrebbe valere quando ad essere trasgredito è un provvedimento della Corte Edu, considerata la pacifica vincolatività di tali provvedimenti per tutti i pubblici ufficiali degli Stati membri.

Insomma, perché sia davvero garantita l'esecuzione delle decisioni della Corte Edu, ci pare da prendere in considerazione l'opzione di sanzionare in sede disciplinare gli agenti dello Stato italiano che abbiano fornito un contributo alla violazione del provvedimento emesso in sede europea. Quando poi la condotta del pubblico ufficiale si

¹⁰ Il Segretario generale del Consiglio d'Europa ha in particolare stigmatizzato la condotta dell'Italia in relazione al caso Mannai con una comunicazione del 20 maggio 2010; in relazione invece al caso Toumi, il presidente della Commissione affari legali e quello della Commissione diritti umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in una dichiarazione congiunta dell'agosto 2009, hanno affermato che «è assolutamente inammissibile che uno Stato ignori le misure provvisorie vincolanti richieste dalla Corte Edu. È vergognoso che una democrazia adulta come l'Italia abbia, la scorsa domenica, rinviato Ali Toumi in Tunisia, un caso in cui esiste un pericolo imminente di danno irreparabile per il richiedente».

sia estrinsecata in una condotta costituente gli estremi di un reato, al procedimento disciplinare non potrà affiancarsene un altro in sede penale, in cui all'autorità giudiziaria spetterà verificare se la violazione che la Corte Edu ha constatato nei confronti dello Stato sia personalmente imputabile ai funzionari dello Stato che tale violazione hanno concretamente posto in essere.

Mi rendo conto che si tratta di una soluzione molto forte, ma credo che il ricorso alla sanzione dei singoli agenti dello Stato responsabili della violazione constatata dalla Corte Edu sia un'opzione che almeno come *extrema ratio* non può essere esclusa, se si vuole davvero garantire il rispetto delle decisioni di tale Corte, e con esso il rispetto dei diritti fondamentali¹¹.

2.2. L'espulsione ministeriale ed il rispetto delle garanzie dello straniero

Il profilo relativo al rischio di tortura nel Paese di provenienza è sicuramente quello più delicato dell'istituto dell'espulsione del sospetto terrorista, ma in relazione all'espulsione amministrativa disposta dal Ministro dell'interno – che è poi quella nella pratica più frequente – vi è un altro profilo che merita di essere esaminato, relativo alla tutela del diritto alla difesa dell'espellendo.

Le differenze tra tale tipo di espulsione e quella disposta dal giudice penale a titolo di misura di sicurezza sono notevoli. Quest'ultima è eseguita dopo che lo straniero è stato riconosciuto colpevole in sede penale per reati di terrorismo, ed è disposta dal giudice penale con tutti gli ampi strumenti di difesa concessi all'interno del processo penale. L'espulsione ministeriale, invece, viene solitamente disposta quando non vi sono gli elementi neppure per una misura cautelare (l'ipotesi più frequente è quella della misura cautelare richiesta dalla Procura e negata dal Gip nei confronti di uno straniero indagato per reati di terrorismo, cui segue l'espulsione ministeriale dello stesso), ed è disposta dal Ministro con un atto di «alta discrezionalità amministrativa», che riduce la sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità¹²; l'even-

11 Per qualche approfondimento sul tema, sia consentito il rinvio a Masera, *Il "caso Lampedusa": una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, n. 1, pp. 97 ss. (il § 5.3 è intitolato *Il rilievo delle sentenze della Corte europea nel sistema penale interno*).

12 In questo senso cfr. per tutti Cons. Stato, 16.1.2006, n. 88, con cui – nel caso dell'espulsione di Fall Mamour, noto come l'Imam di Carmagnola – i supremi giudici amministrativi, proprio invocando l'am-

tuale ricorso al Tribunale amministrativo competente non comporta poi, per esplicita previsione normativa, la sospensione dell'esecuzione del provvedimento espulsivo¹³, con il risultato che l'unica forma di controllo giurisdizionale prima che lo straniero sia rimpatriato è quella garantita dalla necessaria convalida da parte del giudice di pace dell'ordine questorile con cui l'espulsione disposta dal ministro viene concretamente eseguita (il dl del 2005, nel disciplinare l'espulsione ministeriale di cui all'art. 3, aveva addirittura previsto in via transitoria, sino alla fine del 2007, che la convalida del giudice di pace non fosse neppure necessaria).

Altra peculiarità di tale tipologia di espulsione è poi che, a differenza di tutte le altre forme (amministrative o giudiziarie) di espulsione, ad essa non si applicano i divieti di espulsione previsti dall'art. 19 co. 2 Tui: ad esempio possono essere espulsi anche i minori, su decisione però in questo caso del Tribunale dei minori¹⁴, oppure il coniuge o il parente entro il secondo grado di un cittadino italiano.

Non è difficile intuire per quali ragioni questo istituto ponga seri profili di compatibilità con i diritti fondamentali. Un provvedimento così fortemente incidente sui diritti dello straniero viene disposto dall'autorità di Governo sulla base di presupposti quanto mai ampi (l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, o il sospetto di agevolare attività terroristiche), e la natura di «atto di alta discrezionalità amministrativa» fa sì che il Consiglio di Stato abbia affermato la «limitata sindacabilità in sede giurisdizionale di

plissima discrezionalità politica peculiare di tale categoria di provvedimenti, hanno riformato la decisione del Tar Lazio che aveva annullato il provvedimento ministeriale in quanto non conteneva elementi di fatto sufficienti a provare i requisiti previsti dalla legge per procedere all'espulsione. Per un'analisi di entrambi i provvedimenti, cfr. Savino, *Le libertà degli altri – La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, 2012, 261 ss.

13 L'art. 13 co. 3 Tui prevede in termini generali che «l'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato»; in relazione poi all'espulsione ex art. 3 dl n. 144/05, il co. 4 di tale disposizione prevede che «il ricorso giurisdizionale in nessun caso può sospendere l'esecuzione del provvedimento».

14 L'art. 31 co. 4 Tui prevede che «qualora debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero il provvedimento è adottato, su richiesta del questore, dal Tribunale per i minorenni». Per uno dei rari casi in cui è stata richiesta l'espulsione di un minore sospettato di terrorismo, cfr. Trib. Min. Sassari, 5 gennaio 2016, in *Questione Giustizia on-line*, con nota di M. Veglio, www.questionegiustizia.it/articolo/terrorismo-ed-espulsione-di-minorenne_14-03-2016.php (la richiesta del questore è stata respinta dal Tribunale).

tale atto, che deve ritenersi limitata al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà»¹⁵.

Inoltre, il controllo di legittimità, per quanto limitato, avviene comunque dopo che l'espulsione è stata già eseguita, visto l'esplicito divieto normativo che il ricorso sospenda l'esecuzione del rimpatrio; e quindi l'unico controllo giurisdizionale antecedente all'esecuzione del rimpatrio è quello del giudice di pace, che peraltro non può sindacare la fondatezza degli elementi addotti dal Ministro, ma deve limitarsi ad un controllo meramente formale della legittimità dell'atto del questore esecutivo del provvedimento ministeriale¹⁶.

La Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità di tale istituto, non ha preso posizione nel merito, valutando inammissibili le eccezioni proposte perché non adeguatamente motivate¹⁷. Senza qui voler esaminare i singoli profili di possibile incostituzionalità¹⁸, non si può non riconoscere che ci troviamo di fronte ad un istituto che, per le caratteristiche evidenziate sopra, si pone davvero al limite di quanto in uno Stato democratico è concesso all'autorità di governo per tutelare la sicurezza della collettività. Un soggetto, magari sposato con una cittadina italiana, viene allontanato dal Paese sulla base di un sospetto privo di riscontro in sede processuale, e senza che un giudice ordinario abbia la possibilità di valutare la legittimità del rimpatrio, visto che l'unico controllo giudiziale è del giudice di pace, e non riguarda comunque la fondatezza dell'atto ministeriale.

Forse bisogna riconoscere che, anche in un sistema rispettoso dei diritti fondamentali, è necessario lasciare ai più alti responsabili dell'attività del Governo, in casi in cui è a rischio la sicurezza dello Stato, la possibilità di espellere un sospetto terrorista,

¹⁵ Così C. Stato, 16.1.2008, cit.

¹⁶ Per un'analisi dei limitati poteri del giudice di pace in sede di convalida, cfr. in particolare Savino, cit., pp. 337 ss. Per una recente apertura della Cassazione circa la possibilità per il giudice di pace di rilevare la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo (in un caso, peraltro, di espulsione "ordinaria", e non di soggetto sospettato di terrorismo), cfr. Cass. Civ., sez. VI, 30.7.2014, n. 17407.

¹⁷ Cfr. in questo senso C. cost. 280/2006; C. cost. 111/2008; C. cost. 170/2012.

¹⁸ Per un'analisi di tali profili, con particolare attenzione a quelli relativi alla violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., cfr. ancora Savino, cit., 330 ss.

senza che in buona sostanza gli venga riconosciuta la possibilità di difendersi davanti ad un giudice. Il fatto però che l'art. 13 co. 1 Tui preveda che il Ministro dell'interno possa procedere all'espulsione «dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri ed al Ministro degli affari esteri», è significativo di come tale forma di espulsione comporti una forte assunzione di responsabilità politica da parte del potere esecutivo, e dovrebbe quindi essere limitata a casi di assoluta ed eccezionale gravità.

Il dato quantitativo ci pare decisivo per una valutazione della legittimità politica della misura. Se l'espulsione ministeriale rimane un evento raro se non eccezionale, può essere tollerata in un sistema democratico. Ma se diventa una prassi che, qualora su un sospetto terrorista non vi siano elementi sufficienti per una misura cautelare o per una condanna in sede penale, si proceda alla sua espulsione in via amministrativa, ci pare aprirsi uno scenario davvero pericoloso per la tenuta della garanzie.

In un caso di cui ho avuto diretta conoscenza, lo stesso materiale probatorio, relativo a fatti del 2011, che è stato posto a fondamento nel 2015 di una sentenza assolutoria in primo grado da imputazioni di terrorismo, viene utilizzato dopo poche settimane, in mancanza di ulteriori e più recenti riscontri probatori, per motivare l'espulsione ministeriale dello straniero di nazionalità marocchina, coniugato e con figli di nazionalità italiana. L'espulsione è stata impugnata davanti al Tar di Roma, ma nel frattempo lo straniero è detenuto da settimane in carcere in Marocco senza alcuna contestazione formale, e senza la possibilità di avere contatti con i propri legali.

Se casi di questo genere diventano la norma, la situazione non può non apparire preoccupante. È vero infatti che la logica per cui un dato probatorio insufficiente per la responsabilità penale possa invece essere sufficiente per una misura preventiva di natura non penale, altro non è che la logica generale delle misure di prevenzione. Però, in questo caso la misura incide sui beni essenziali dell'individuo ben più di quanto possano incidere le misure di prevenzione, e non è sottoposta ad un preventivo controllo della magistratura ordinaria come le più gravi tra tali misure.

È necessario allora vigilare che l'uso dello strumento dell'espulsione ministeriale rimanga una misura eccezionale, altrimenti la complessiva tenuta democratica del sistema di contrasto al terrorismo rischia di entrare in crisi, tanto più che la situazione politica di diversi Paesi di provenienza dei sospetti terroristi (pensiamo tra gli altri all'Egitto, alla Giordania, o al Marocco) non dà oggi grandi garanzie di rispetto dei diritti fondamentali di tali soggetti. Credo che chiedere che tale misura sia sì consentita, ma solo in casi di particolare gravità, e dopo una valutazione preventiva di legittimità da parte del giudice ordinario (e non, come oggi, dopo un mero esame formale del giu-

dice di pace), costituirebbe un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di sicurezza dello Stato e quelle di rispetto del diritto di difesa dello straniero.

3. Il caso *Khlaifia* alla Grande Camera della Corte Edu e l'*habeas corpus* in Italia

Solo un cenno, infine, ad una vicenda molto importante che non riguarda il terrorismo, ma riguarda i diritti dei migranti che giungono irregolarmente sul nostro territorio ed il ruolo del giudice nella difesa di tali diritti.

La sentenza *Khlaifia* del 1 settembre 2015 ha condannato l'Italia su ricorso di tre cittadini tunisini che nel settembre 2011, dopo essere sbarcati irregolarmente a Lampedusa, erano stati trattenuti per diversi giorni nel Centro di soccorso e prima accoglienza (Cspa) sito sull'isola, per poi essere rimpatriati all'esito di una procedura accelerata che prevedeva il mero riconoscimento da parte dell'autorità consolare del loro Paese. La Corte Edu ha ritenuto che il trattamento cui erano stati sottoposti i ricorrenti (che era il trattamento cui andavano incontro tutti gli stranieri che sbarcavano in quel periodo a Lampedusa) violasse una pluralità di disposizioni della Cedu: l'art. 3, per le deplorevoli condizioni in cui versava il Centro di accoglienza; l'art. 5, perché la struttura di accoglienza era stata di fatto trasformata in un luogo di chiuso, in cui gli stranieri venivano trattenuti per diversi giorni, senza che vi fosse alcuna base legale a fondamento di tale privazione di libertà; l'art. 13, per la mancanza di un rimedio effettivo cui gli stranieri potessero ricorrere per far valere le proprie ragioni; l'art. 4 Prot. 4, perché le modalità di esecuzione del rimpatrio violavano il divieto di espulsioni collettive¹⁹.

Come già accennato, il Governo ha chiesto che il caso venisse rimesso alla Grande Camera, e la richiesta è stata accolta. Non abbiamo qui lo spazio per approfondire i diversi profili che sono stati analizzati all'udienza del giugno 2016, dove la questione che è stata oggetto di maggiore attenzione è quella dell'esatta definizione della nozione di espulsioni collettive (questione sulla quale, nella decisione di settembre 2015, vi erano state due opinioni dissenzienti)²⁰.

19 Corte Edu, Seconda sezione, 1.9.2015, *Khlaifia c. Italia*, 16483/12, con nota di Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale dei migranti e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir., imm, citt.*, 2015, n. 3-4, 50 ss.

20 La decisione della Grande Camera sarà resa nota presumibilmente a gennaio 2017.

La questione sulla quale ora vogliamo soffermarci riguarda il profilo della detenzione illegale, sul quale – considerato anche come sul punto la decisione di settembre sia stata assunta all’unanimità – ci pare estremamente improbabile che la Grande Camera decida in maniera difforme dalla sentenza di settembre. La decisione della Corte ha grandissima importanza, perché come accennato la situazione dei ricorrenti era identica a quella di tutte le centinaia di stranieri che in quel periodo sbarcavano irregolarmente a Lampedusa, e dunque la condanna significa una censura dell’intero sistema di prima accoglienza, che prevedeva come prassi la privazione di libertà dei migranti, al di fuori di qualsiasi forma di controllo da parte dell’autorità giudiziaria.

La Corte europea ha fatto emergere una situazione la cui gravità era stata posta in luce in moltissime occasioni non solo dalle Ong, ma anche da organismi istituzionali (come la Commissione straordinaria per i diritti dell’uomo del Senato, i cui rapporti sono stati ampiamente citati dalla Corte Edu): quello che secondo la legge era un luogo di accoglienza, era stato trasformato *de facto* in un luogo di detenzione, in cui gli stranieri venivano trattenuti contro la loro volontà al di fuori di qualsiasi garanzia.

Nonostante le ripetute segnalazioni, la magistratura italiana non si è mai attivata per porre termine a questa sistematica violazione dell’art. 13 Cost: le denunce delle Ong, che stigmatizzavano questa illegale privazione di libertà, sono state tutte archiviate con provvedimenti di poche righe, in cui ci si limitava a constatare che formalmente Lampedusa era un centro di accoglienza, senza prendere in considerazione la realtà per cui era un centro chiuso, da cui gli stranieri erano impossibilitati ad allontanarsi²¹.

La Corte Edu ha finalmente chiarito che, ai fini dell’applicazione delle garanzie in materia di libertà personale, a nulla rileva la qualificazione giuridica del luogo ove il soggetto si trova, ma conta solo se in tale luogo in concreto si assista o meno ad una privazione di libertà: un principio in realtà scontato (e tutt’altro che nuovo dalla giurisprudenza europea), che tuttavia era stato posto in discussione nella memoria difensiva del Governo italiano, che proprio sulla qualificazione formale del Centro di Lampedusa come luogo di accoglienza aveva fondato la richiesta di non ritenere violato l’art. 5 Cedu.

21 Per una critica nei confronti di tali decisioni (oltre al già citato Masera, *Il “caso Lampedusa”*, cit.), cfr. Natale, *I migranti e l’habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso Lampedusa*, in *Questione Giustizia*, 2013, n. 5, 81 ss.

La prassi di fare dei Centri di prima accoglienza dei luoghi chiusi, in cui viene praticata una privazione della libertà personale priva di qualsiasi base normativa, non è solo un ricordo del recente passato, ma è un problema purtroppo quanto mai attuale. L’“approccio *hotspot*” di cui tanto si parla negli ultimi mesi – consistente nella creazione di Centri di prima identificazione e smistamento degli stranieri, in cui vengono separati i destini dei richiedenti asilo destinati all’accoglienza, e dei migranti economici destinati al rimpatrio più celere possibile – si fonda proprio sul presupposto di trasformare luoghi formalmente di accoglienza, estranei per la loro natura al controllo del giudice, in luoghi di detenzione, in cui la libertà dello straniero è completamente rimessa all’arbitrio delle forze di polizia. Moltissime fonti indipendenti (peraltro mai smentite dal Governo) attestano come prassi normale di questi Centri sia che, se lo straniero rifiuta di identificarsi oppure non vi è posto in altre strutture di seconda accoglienza, viene trattenuto coattivamente anche per diversi giorni, in mancanza di alcun provvedimento restrittivo della libertà personale.

Ormai da tempo si parla di una nuova riforma della materia della primissima accoglienza (dopo quella del d.lgs n. 142/2015), con cui si preveda esplicitamente la possibilità di ricorrere in attesa dell’identificazione a forme di privazione di libertà, nei termini previsti all’art. 13 Cost., e si delineino i poteri coercitivi che possono essere utilizzati dall’autorità di polizia per procedere all’identificazione, mediante rilevamento delle impronte digitali, anche quando lo straniero vi si oppone.

La vicenda oggetto del caso *Khlaifia*, e la prevedibile conferma della condanna dell’Italia per la violazione dell’art. 5 nella gestione del centro di prima accoglienza di Lampedusa nel 2011 (che, lo ribadiamo, non è molto diversa sotto questo profilo dalla situazione attuale nei vari “*hotspots*” aperti nelle nostre regioni meridionali), rendono quanto mai necessario che tali progetti di riforma, in verità al momento ancora dai contorni molto generici, vengano al più presto discussi in sede parlamentare.

La vicenda di Lampedusa ha posto in luce come nel nostro ordinamento manchi una forma di *habeas corpus* di portata generale²², è ciò è particolarmente grave proprio quando la privazione di libertà avviene in maniera del tutto illegale, e quindi al di fuori di qualsiasi procedura giudiziale. *De iure condito*, l’unica forma di reazione dovrebbe essere l’intervento penale nei confronti dei responsabili politici ed amministrativi di quello che non si può che qualificare come un sequestro di persona (di massa): ma è

22 Per qualche riflessione in argomento, cfr. in particolare Natale, cit.

difficile che una Procura arrivi a contestare un reato di questa gravità ai responsabili (politici ed amministrativi) dei Centri, quando la prassi della detenzione illegale è praticata da anni ed alla luce del sole.

È necessario allora essere consapevoli che, tanto in materia di immigrazione che di terrorismo, il fenomeno più pericoloso cui assistiamo negli ultimi anni è proprio la tendenza alla “fuga dal giudice”, verso meccanismi che consentono (o di fatto, come a Lampedusa; o anche di diritto, come nel caso delle espulsioni ministeriali) all’autorità di polizia di incidere su interessi essenziali di primaria importanza (la libertà o la possibilità di vivere nel nostro Paese) al di fuori di un reale controllo giudiziale. Non basta impegnarsi perché il sistema penale di contrasto al terrorismo, o il sistema legale di gestione dell’immigrazione, garantiscano i diritti fondamentali; bisogna anche prendere posizione per contrastare questo affievolimento della giurisdizione (che passa anche attraverso la scelta di affidare le scelte in materia di libertà dello straniero ai giudici di pace, spesso inclini ad accogliere in modo acritico le richieste dell’autorità amministrativa), e riaffermare il principio che più di tutti gli altri distingue uno Stato di diritto da uno Stato di polizia, la riserva di legge e di giurisdizione per tutti i provvedimenti che incidono sulla libertà, del cittadino come dello straniero, regolare o irregolare.

Fra meta-terrorismo e sicurezza algoritmica*

di **Francesco Strazzari**

Quindici anni dopo l'inizio di quella *war on terror* che gli Stati Uniti proclamarono all'indomani degli attacchi alle Torri Gemelle e al Pentagono non è possibile trarre alcun bilancio positivo della guerra. Dallo Yemen alla Siria, dalla Libia all'Afghanistan, un conflitto porta a un altro conflitto, senza che di alcuno di essi si intraveda la fine. Da un lato il complesso mediatico-diplomatico ripete che non esiste soluzione militare, dall'altro tale asserzione non trova riconoscimento nei fatti: le guerre al terrorismo imperversano e le spese per armamenti sono in crescita ovunque.

Se è vero che la gran parte delle vittime di attacchi terroristi riguardano Paesi in guerra, le mappe della guerra si dilatano e si prolungano attraverso la produzione di spazi di terrore disegnati da attacchi che si spingono fino nel cuore delle città europee: negli ultimi due anni si contano più di 2.000 morti in 140 azioni terroriste rivendicate dal solo "Stato Islamico" in 29 paesi, con 240 vittime degli attacchi nella sola Francia¹. Il più delle volte si tratta di obiettivi indiscriminati, giustificati dai jihadisti come risposta ai bombardamenti subiti.

Col volgere al termine della presidenza di Barack Obama, quella peculiare forma di contro-Stato che si auto-definisce Califfato arretra territorialmente sotto i colpi della coalizione a guida statunitense: più volte annunciata, la caduta di Mosul, nel nord Iraq, significa il ritorno dell'Isis al rango di *insurgency* armata, ma non chiude certo i conti col jihadismo mediorientale, stante il fatto che tutte le condizioni geopolitiche che ne

* Il testo della relazione è pervenuto nel mese di agosto 2016.

¹ Barbara Starr, *US officials see gains against ISIS*, Cnn, 15.08.2016

hanno alimentato l'ascesa permangono presenti, quanto non esacerbate dall'*escalation* bellica regionale.

Nel mentre, la comunità internazionale tocca con mano la difficoltà delle *leadership* di governo a prender parte a larghe coalizioni e/o a rafforzare i meccanismi di integrazione sovranazionale: in affanno lungo la via della ripresa economica, la stessa Unione europea vede la defezione britannica mentre è solcata dal riattizzarsi del nazionalismo, impegnato ad affrontare sfide epocali (afflusso di rifugiati e migranti, globalizzazione economica) attraverso il dispiegamento di un arsenale di trincee, fili spinati e xenofobia.

A fronte di questo scenario, un bilancio critico – si potrebbe dire radicale – appare imperativo.

1. Terrorismo e meta-terrorismo

Nella *global information age* il terrorismo è più che mai un atto di comunicazione: una strategia comunicativa estrema in cui la violenza è usata strumentalmente per mandare messaggi in diverse direzioni. Molto si è scritto e detto circa come i terroristi comunicano, e circa l'impatto di social media e nuovi applicativi per *smartphone*. Meno si parla – nel mondo schierato con *Charlie* dalla parte della libertà di espressione - di nuove forme di sorveglianza e censura. Ma ancor meno attenzione suscitano le modalità con le quali i mass-media riverberano e rielaborano il messaggio violento: corsa all'audience, innovazione tecnologica e proliferazione di immagini hanno portato ormai agli attentati seriali in diretta, con produzione di un genere televisivo vero e proprio. Lo schema è ormai consolidato: si parte con la notizia di "allerta terrorismo a (città X)", corredata da inviati su uno sfondo di zone perimetrate, polizie pesantemente armate e strade deserte; a seguire, precisazioni da fonti rigorosamente anonime, e commenti di "esperti di terrorismo", "sicurezza" e/o "geopolitica"².

2 Davanti ad immagini di violenza raccapricciante prodotte e diffuse con intenti di spettacolarizzazione, la tendenza a interpellare i cosiddetti esperti di terrorismo si verifica a danno di studiosi di sociologia visuale che potrebbero aiutare a decodificare le ambivalenze del messaggio, inserendolo in un contesto interpretativo. Gli 'esperti' vengono invece tipicamente interpellati a speculare su scenari tanto implausibili quanto terrificanti: se non a identificare i prossimi bersagli («possiamo stare sicuri?»; «cosa c'è nella mente del jihadista?»), a parlare di armi la cui stessa esistenza è un atto sostanzialmente speculativo (ad es. dispositivi di dispersione radiologica).

Questo genere emergente può essere ricondotto a un fenomeno specifico, a cui è bene dare un nome: *meta-terrorismo*. Adam H. Johnson definisce il meta-terrorismo come il terrore propagato dalla replica non-stop di attacchi terroristici passati e dalla continua speculazione sugli attacchi futuri³. Il meta-terrorismo si nutre dell'amplificazione dei codici comunicativi che il sedicente Stato Islamico ha essenzialmente mutuato da Hollywood, investendo molto nella post-produzione, nelle strategie di marketing e nel lancio in *prime time*. In sintesi, il meta-terrorismo consiste nell'usare/replicare/amplificare il potere comunicativo del terrorismo per instillare la paura del terrorismo avanzando obiettivi politici. A livello più profondo, tale modalità comunicativa riflette uno spostamento profondo che avviene nelle fondamenta del modello di sicurezza.

2. La sicurezza algoritmica

Esemplificata dagli attentati di matrice jihadista (sia perpetrati da *foreign fighters* di ritorno dalla Siria, sia dai cosiddetti terroristi *homegrown*), la “minaccia terroristica” si caratterizza come esacerbazione del concetto di guerra asimmetrica: colpisce la vita quotidiana della popolazione civile, puntando a massimizzare il numero delle (e/o l'effetto di rispecchiamento nelle) vittime e a guadagnarsi le *breaking news*.

Sfidata da modalità per certi versi inedite, la risposta degli apparati di sicurezza statali in Occidente si è concentrata sul problema di come identificare il rischio che è presente in una determinata popolazione: ovvero come sia possibile abilitare azione preventiva (legga-si: neutralizzazione) della minaccia ancora in fase di incubazione, tipicamente sulla base di dati ed evidenze mancanti o incomplete: ovvero come sia possibile trasformare l'incertezza in una base di decisione. Il problema ha immediatamente imboccato la strada della identificazione del rischio e della minaccia attraverso la raccolta ed elaborazione di dati, che qui definiremo il modello di sicurezza algoritmica. Nell'affrontare l'emergere di questo modello, Louise Amoore evidenzia come si tratti di tarare il meccanismo su scenari a bassissima probabilità ed altissimo impatto, e vede la saldatura con il settore privato che potremmo definire “industria del rischio”⁴: basti pensare al software Gdelt – impiegato per *predictive*

3 Per esempio, Adam H. Johnson, *Once Again, Media Terrorize the Public for the Terrorists*, Fair (Fairness & Accuracy in Reporting), 24.11.2015.

4 L. Amoore, *The politics of possibility: Risk and security beyond probability*. Duke University Press, 2013.

analytics – o all’intero versante “*Silicon valley*” per quanto riguarda il lavoro di sorveglianza e ascolto dei social media e dei protocolli di comunicazione informatica.

Al centro c’è il tema del rapporto fra decisioni umane e macchine nell’epoca in cui il progresso tecnologico ha magnificato la possibilità di calcolo. L’uso dell’algoritmo cambia la pratica della sicurezza e lo sguardo sui futuri possibili. A partire dagli Stati Uniti post-9/11 si sviluppa un sistema che ha fame di *normal data* (il 99.9999% dei dati acquisiti) per trovare *anomalous data* che segnalano l’esistenza di un profilo di rischio.

Ne nasce un discorso eminentemente tecnico attorno alla politica della possibilità che scruta comportamenti privati, e – in ultima analisi – riguarda tutti noi. Si tratta di una riconfigurazione significativa: le decisioni vengono prese sulla rischiosità (il profilo di rischio degli individui). Il referente della sicurezza, in questo processo, è nientemeno che il futuro: si tratta di rendere il futuro sicuro. L’incertezza per il futuro non è più un impedimento all’azione ma lo sprone per nuove forme di decisione e azione. Al centro del sistema di politica delle possibilità sono statistici e amministratori: il giudizio politico è rimpiazzato dal computo matematico. L’intero processo – fondato sull’acquisizione e l’accesso ai dati (e in ultima istanza su una forma di “feticismo del dato”) – è sostanzialmente de-umanizzato.

Il modello di sicurezza – occorre sottolinearlo ancora una volta – non è solo basato sul ritorno di strumenti di dissuasione e protezione dei confini quali barriere, le dune e le trincee, ma anche e soprattutto su nozioni quali *smart borders*: la domanda che ci si pone è come tracciare i terroristi (o – ancor più controverso – i potenziali terroristi) fra i migranti? Quanto grande è il rischio statistico che i *foreign fighters* di ritorno rappresentino una minaccia, e come arrivare a neutralizzare quelli che effettivamente lo sono?

In assenza di definizioni univoche di terrorismo, è chiaro che l’intero edificio si fonda su uno strato di ghiaccio particolarmente sottile e volubile, a seconda della fase strategica: valga per tutti l’esempio della mobilitazione curda fra Turchia, Siria, Iran e Iraq, che passa attraverso definizioni opposte di terrorismo. A riprova della volubilità e della strumentalità delle dinamiche di criminalizzazione, la decisione della Turchia, pilastro del patto atlantico che, occorre ricordarlo, ha natura politico-militare e dunque investe l’apparato normativo – di concedere l’indulto a 38.000 carcerati, per fare posto agli arresti di massa seguiti al tentato colpo di Stato di luglio 2016⁵.

5 Turkey to free 38,000 people from prisons to make space for alleged coup plotters, AP/the Guardian, 17.06.2016.

3. Sistemi paralleli

Così come la *war on terror* ha introdotto figure giuridiche controverse quale quella dell'*enemy combatant* (distinto dal prigioniero di guerra e rinchiuso a Guantanamo), fra terroristi e migranti/rifugiati la fase di consolidamento del nuovo modello di sicurezza mette sotto pressione gli ordinamenti liberal-democratici, producendo novità controverse sotto il profilo dei diritti fondamentali: difficile concepire diversamente dispositivi quali gli *hotspot* europei per migranti e richiedenti asilo (privi di fondamento giuridico, e proposti anche in versione di galleggiamento *offshore*), gli schemi di rimpatrio su Paesi terzi (quale ad esempio quello previsto dall'accordo Ue/Turchia, che prevede uno scambio numerico 1x1 in palese violazione di ogni nozione di diritti individuali), i tribunali specializzati per esaminare le richieste di asilo.

In materia di terrorismo, l'impulso a criminalizzare promana direttamente dal Consiglio di Sicurezza Onu, spintosi a prefigurare un obbligo di riforma del diritto penale degli Stati, e dalla direttiva terrorismo della Unione europea, concepita nel contesto della revisione della Strategia di sicurezza interna, il cui disegno è criticato dalle principali Organizzazioni non governative attive sul terreno dei diritti umani – da *Amnesty international* alla *International commission of jurists (Icj)* passando per la *Open society justice initiative (Osji)*⁶. Incalzato da metaterrorismo e sicurezza algoritmica, il livello di protezione della *rule of law* pare scivolare verso misure eccezionali adottate con decretazione d'urgenza – il più delle volte consistenti in pratiche di anti-terrorismo che girano al largo della procedura giudiziaria e che non trovano applicazione rispetto a criminali ordinari. Emergono comunità di sospetto, mentre è presente il rischio che sorveglianza, controllo sociale, e tutti i poteri conferiti dallo Stato di emergenza vengano utilizzati in modo selettivo per gestire il conflitto sociale (si veda la richiesta di sospensione di iniziative sindacali in Francia), in primo luogo rispetto a soggettività critiche del *mainstream* liberale (si pensi all'attivismo ecologista).

Il sistema riposa su un modello commerciale: gestito da Thompson Reuters, il database World-Check vanta più di 300 clienti, fra Stati e organizzazioni di *intelligence*, oltre a 49 fra le 50 principali banche. Esso include sotto l'etichetta «terrorismo» grandi organizzazioni umanitarie, associazioni religiose dotate di reputazione internazionale e decine di attivisti mobilitati in ambito transnazionale. Si tratta a tutti gli effetti di

6 Eu: *Proposed new counter-terrorism law: Joint Ngo critique*, Statewatch News Online, Marzo 2016.

un'industria priva di regolazione, che sfugge alle più elementari forme di garanzia⁷. Prescindendo da evidenti problemi metodologici⁸, le conseguenze dell'etichettatura alla voce «terrorismo» sono particolarmente severe (es. esclusione dai canali bancari), mentre tale etichettatura sfugge a ogni possibilità di appello.

Pur in assenza di solida evidenza scientifica, è un fatto che sia nata e prosperi una *Radicalization / counter-radicalization industry* che si propone di identificare i fattori di rischio che alimentano il processo di “radicalizzazione identitaria” degli individui coinvolti in atti di terrorismo. Lungo questa scia, le strategie anti-terrorismo prevedono la ricerca di indicazioni, sia sorvegliando la rete, sia mobilitando canali di ascolto in settori cruciali quali le scuole: nel Regno Unito così come in Francia, sono ormai numerosi i casi di bambini che, fra scuole elementari e asili, sono stati segnalati dagli educatori alla polizia antiterrorismo perché mostravano segni di radicalizzazione, presumibilmente riconducibili all'ambiente domestico. Nel solo Regno Unito circa 4.000 persone sono state trattate attraverso programmi obbligatori di de-radicalizzazione nel solo 2015, con risultati di difficile interpretazione.

Infine, in un più recente passaggio che sembra allungare ed estendere ulteriormente la catena di presunzioni circa le cause, il dibattito pubblico si è spostato da radicalizzazione a estremismo. Avallato dal discorso alla nazione della Regina del Regno Unito, il *Counter-extremism and safeguarding bill* britannico prefigura una trasformazione della *war on terror* a guerra all'estremismo, laddove la nozione di «gruppo estremista» resta tutta da definire.

Conclusioni

La *war on terror* fu disegnata dalle cerchie *neo-con* (neo-conservatrici) statunitensi, salite al potere con la presidenza di George W. Bush, con l'intento di esportare

7 Il database è stato creato nel 1999, e profila circa 2,7 milioni di individui. Dal 2007 il numero di *terror entries* è cresciuto del 500%, arrivando a 93.000.

8 Fra le fonti figurano ad esempio asserzioni apparse su siti e blog quali DanielPipes.org e Investigative Project on Terrorism (Ipt), gestiti rispettivamente da Daniel Pipes e Steven Emerson, che *Cambridge University Press Companion to American Islam* descrive come «Islamofobi». Emerson, in particolare, appare come esperto di terrorismo per Fox News, ed è assorto all'onore delle cronache per essere stato definito «un completo idiota» dall'ex premier britannico David Cameron.

la democrazia causando un effetto-domino nel Medio Oriente. Paradossalmente, a due mandati presidenziali di distanza dalla sconfitta di questo disegno, sono oggi le élite politiche liberal-democratiche ad estenderne i provvedimenti. Tale estensione – che qui si è provato a tratteggiare solo lungo alcune direttrici – potrebbe a prima vista apparire frutto di una sperimentazione mirante a gestire una fase di crisi acuta, con l’aspettativa di un assestamento nel tempo, e un riassorbimento nell’alveo di un quadro consolidato di garanzie: occorre però notare la tendenza a non prevedere una fase di valutazione degli effetti. Tale circostanza è problematica non solo dal punto di vista delle libertà individuali, ma anche della effettiva efficacia dei risultati perseguiti, tanto nell’ambito domestico quanto in quello internazionale.

La terza estensione consecutiva dell’état d’urgence in Francia a guida socialista, evidentemente voluta dallo Stato Islamico attraverso il bagno di sangue di Nizza il 14 luglio 2016, delinea uno scenario che inquieta chi ha a cuore le traiettorie della democrazia. Non solo il genere mediatico meta-terrorismo in Europa si nutre ormai della costante speculazione attorno ad attacchi futuri ricorrendo al parere dell’ubiquo “esperto israeliano” (es. in materia di sicurezza di spazi pubblici e infrastrutture), ma – in modo più profondo – è evidente che il conflitto Israele-Palestina produce ed esporta modelli di *governance* della sicurezza la cui traslazione in Europa appare foriera di aspetti problematici: forse vale la pena ricordare che ogni anno dal 1953 il Parlamento israeliano rinnova lo Stato d’emergenza.

Nel frattempo, assorbito dalla ricerca di riscontri relativi ai profili di rischio individuali, il dibattito pubblico europeo è fuorviato rispetto al tema delle conseguenze politiche di scelte di politica estera (es. l’invasione dell’Iraq, gli errori compiuti in Libia da potenze occidentali e alleati del Golfo, il rapporto con il regime egiziano, le derive jihadiste in Africa Occidentale e nel Sahel) ma si incanala lungo i rivoli di questioni secondarie (ad esempio, il ruolo dei parenti dei *foreign fighters*). Il dibattito è condotto alla ricerca di “zone grigie” di acquiescenza della popolazione musulmana in Europa, ed elude il problema, assai cospicuo, delle zone grigie che caratterizzano le alleanze internazionali. Questa sottrazione si spinge fino al cuore della rappresentanza democratica, in un’epoca di forte rafforzamento dei poteri esecutivi: le prerogative dei Parlamenti vengono sistematicamente ridotte, fino a negare loro un ruolo in materia di uso dei droni in azioni di proiezione della forza.

Fondato sull’idea – in larga parte suggerita dai media – che l’Europa stia affrontando una *migration crisis* e un’offensiva terrorista, il modello di sicurezza emergente induce ad assumere il paradigma della crisi – ovvero di un intermezzo – suggerendo

l'idea che i compromessi necessari a farvi fronte (es. sul piano delle libertà individuali) saranno temporanei e prontamente riassorbiti a risultato ottenuto. In realtà tale assunto è arbitrario, i meccanismi di valutazione brillano per assenza, e l'evidenza di cui disponiamo mostra l'elusività dei risultati. Meta-terrorismo e sicurezza algoritmica appartengono al consolidarsi della quarta rivoluzione industriale, segnata da informazione digitalizzata e governo della complessità. La semplice concessione di margini di errore statistico al computo del rischio (ovvero nel prevedere scenari a bassissima possibilità a partire dai dati prodotti da tutti noi), può comportare costi enormi per un sistema fondato su garanzie di libertà: la violenza è matrice di identità politiche, e il modello di gestione dei rischi (attacchi terroristici, meccanismi di risposta) e speranze (fuga dalla violenza, inclusione/esclusione) segna l'identità politica della democrazia.

Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*

di *Marco Pelissero*

1. Dal diritto penale del nemico al diritto penale al limite

Da quando le riflessioni di Guntherjakobs hanno portato all'interno della discussione penalistica la contrapposizione tra diritto penale del nemico e diritto penale del cittadino¹, anche la dottrina italiana si è chiesta a quale modello si ispirassero le politiche criminali di contrasto al terrorismo, specie nella sua dimensione internazionale, più imprevedibile nelle strategie di offesa e quindi più pericolosa e difficilmente controllabile da parte degli organi di investigazione e di *intelligence*². Se per diritto penale del nemico si intende il trattamento che l'ordinamento riserva a chi, tradendo per la sua pericolosità la fiducia dei consociati nell'aspettativa di comportamenti conformi alle norme, si autoesclude dalla comunità, perdendo così il diritto alle garanzie e ad

* Il testo è pervenuto nel mese di luglio 2016.

1 G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feinsstrafrecht, in *HRRS* 2004, n. 3, 88 ss.

2 Tra i molti contributi v. M. Donini e M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; A. Gamberini - R. Orlandi (cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; il numero monografico *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione Giustizia*, 2006, n. 4; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; G. Insolera, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.* 2006, 181; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 648. Di recente si rinvia agli ampi lavori monografici di F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Milano, 2016, 147 ss.; V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013, 186 ss.

essere «trattato come persona»³, allora questo modello di diritto penale – sempre che di diritto penale ancora si tratti⁴ – può essere strumento utile per decifrare le politiche penali avviate contro il terrorismo, ma non per legittimarle: può dunque essere utilizzato in termini descrittivi, ma non prescrittivi. Se alcune scelte di intervento possono essere lette in questa chiave di neutralizzazione del nemico, come nell’emblematico “spazio del non diritto” costituito da Guantanamo e dalla figura ibrida del «nemico combattente», al quale non sono riconosciute né le normali garanzie processuali né lo *status* convenzionale di prigioniero di guerra⁵, con riferimento all’evoluzione del diritto penale italiano di contrasto al terrorismo mi parrebbe scorretto ravvisare elementi propri del modello del diritto penale del nemico: il sacrificio delle garanzie individuali a tutela dell’ordinamento è di fatto avvenuto solo in relazione al caso Abu Omar ed alla sua *extraordinary rendition*, dove peraltro non si trattò di una scelta di politica criminale, ma di una gestione *extra* e *contra ordinem* condotta dai servizi segreti italiani e conclusasi con la condanna dell’Italia da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo per il sequestro, i maltrattamenti, la detenzione illegale di Abu Omar e per le sofferenze subite dalla moglie: «L’Italia ha applicato il legittimo principio del segreto di Stato in modo improprio e tale da assicurare che i responsabili per il rapimento, la detenzione illegale e i maltrattamenti ad Abu Omar non dovessero rispondere delle loro azioni»⁶.

Riterrei più adeguato a riflettere la disciplina italiana di contrasto al terrorismo il termine *diritto penale al limite*: si tratta cioè di scelte di politica penale nelle quali

3 G. Jakobs, *I terroristi non hanno diritti*, in R.E. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 3 (la citazione è tratta da 8).

4 In tal senso la ferma posizione di F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., 681.

5V. Fanchiotti, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto (Strategie antiterrorismo e giurisdizione negli Stati Uniti)*, in *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., 699 ss.; J. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 739 ss.; M. Miraglia, *Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l’11 settembre*, in *Cass. pen.*, 2005, 2820 ss. Di recente v. F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 111 ss.

6 Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2016, Nasr et Ghali c. Italia, ric. 44883/09 diventa definitiva il 26 maggio 2016. Sulla complessa vicenda processuale v. in termini riassuntivi *Breve cronologia del processo relativo al rapimento di Abu Omar*, in *Questione Giustizia on-line*, www.questionegiustizia.it/articolo/breve-cronologia-del-processo-relativo-al-rapimento-di-abu-omar_14-01-2014.php.

principi e garanzie proprie del diritto penale subiscono flessibilizzazioni che si muovono comunque in un'area limitrofa ad un confine pericoloso, quello al di là del quale si vanificano, in nome della ragion di Stato, garanzie e diritti individuali sui quali si fonda l'ordinamento democratico. È un diritto penale, dunque, legittimo, ma che si muove in un'area dove è sempre alto il rischio che la ragionevolezza delle scelte di incriminazione, delle strategie processuali e delle misure preventive si traduca in forme illegittime di violazione di diritti e libertà fondamentali, perché in tal caso lo Stato di diritto negherebbe se stesso⁷.

La legittimazione del diritto penale al limite si muove, dunque, entro i limiti tracciati dai principi di proporzione e di ragionevolezza, essendo principi argomentativi, presentano confini incerti che, in relazione alle norme di contrasto al terrorismo internazionale, si segnalano per due elementi: a) l'ampliamento per via normativa dell'intervento penale, spesso attraverso l'incriminazione di condotte preparatorie che, ad una prima lettura, si presentano del tutto ragionevoli; b) la rimessione alla magistratura dell'opera di non sconfinamento del limite.

2. L'anticipazione dell'intervento penale e la marginalizzazione del ruolo dei delitti di attentato

La tecnica di tutela, che colloca il diritto penale di contrasto al terrorismo entro la fascia vicino al limite della sua delegittimazione, consiste nell'anticipazione della tutela attraverso i delitti di attentato e la previsione di fattispecie che incriminano condotte preparatorie: si tratta di una classica forma di tutela propria del diritto penale politico di cui le norme penali anti-terrorismo non sono che l'espressione moderna; riflette al contempo la tendenza dell'attuale diritto penale a potenziare la prevenzione, specie nel contrasto al terrorismo, rispetto al quale sussiste «l'esigenza di una

⁷ Sulla necessità che nel contrasto al terrorismo «lo Stato di diritto non neghi se stesso, adottando lo stato d'assedio o d'eccezione o la logica del diritto penale del nemico», v. L. Ferrajoli, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in questo e-book. Sui rapporti tra sicurezza collettiva e diritti individuali e sui limiti di flessibilizzazione del diritto penale nel contrasto al terrorismo, v. con diversità di proposte, M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 55 ss.; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale tra diritto penale del nemico, ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 147 ss. e 386 ss.

risposta preventiva accentuata, che controlli alla radice le fonti di rischio, piuttosto che i pericoli concreti»⁸. Senza scomodare la storia del *crimen laesae maiestatis*, che con l'anticipazione e l'ampliamento della tutela penale segnalava quanto il diritto penale potesse essere strumento malleabile a tutela del potere sovrano⁹, è sufficiente guardare alle tecniche di tutela dei delitti contro la personalità dello Stato nel codice Rocco per rendersi conto dell'importanza strategica rivestita dall'anticipazione della punibilità realizzata attraverso l'ampio ricorso ai delitti di attentato, ai reati associativi, ai reati di istigazione (anche privata) e di accordo, in deroga all'art. 115 cp, all'incriminazione della propaganda e dell'apologia di delitto¹⁰. Gli stessi delitti di attentato erano stati letti dal Guardasigilli, nella relazione di accompagnamento al codice penale, come capaci di incriminare gli atti meramente preparatori ed a supporto di questa lettura non si esitò a sostenere che un'analoga scelta era stata già espressa dal liberale codice Zanardelli (una lettura, come noto, del tutto falsificata, se si considera che la struttura dei delitti di attentato, nella volontà del legislatore del 1889, doveva attestarsi sulla stessa soglia del tentativo punibile, e quindi su quella degli atti esecutivi)¹¹.

Con il mutamento del contesto politico e la valorizzazione dei principi costituzionali nella interpretazione dei principi di fondo del diritto penale cambia anche la lettura delle tecniche di anticipazione della tutela ed i delitti di attentato ne costituiscono il banco di prova: il proposito dei redattori del codice Rocco di assicurare attraverso queste fattispecie la tutela penale sin dal primo stadio degli atti preparatori risultò fallimentare, una volta calate queste fattispecie nel contesto delle garanzie costituzionali.

8 M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3561. V. altresì R. Barberini, *Il diritto penale e la legislazione di emergenza contro il terrorismo*, in *Questione Giustizia on-line*, www.questionegiustizia.it/articolo/il-diritto-penale-e-la-legislazione-di-emergenza-contro-il-terrorismo_07-05-2015.php.

9 Fondamentale M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

10 Per un quadro ampio delle fattispecie a tutela della personalità dello Stato anche in chiave di evoluzione storica, v. G. Marconi, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, 1984.

11 Sulla lettura dei delitti di attentato nel passaggio dal codice Zanardelli al codice Rocco, v. E. Gallo-E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 148 ss.; G. Marconi, *op. cit.*, 150 ss.

Si assiste, infatti, alla interpretazione della struttura oggettiva dei delitti di attentato in termini corrispondenti ai limiti dell'inizio dell'attività punibile nel tentativo¹².

L'esclusione della punibilità degli atti preparatori e la punibilità dei soli atti esecutivi è stata desunta dall'espressa previsione di fattispecie che incriminano in modo autonomo atti preparatori (reati associativi, reati di istigazione di accordo) e che sarebbero inutili se già i delitti di attentato avessero un'estensione tale da coprire tali atti. Anche l'ampliamento, con l'art. 18 l. n. 152/1975, dei destinatari delle misure di prevenzione a coloro che «operanti in gruppo o isolatamente, pongono in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato» con la commissione di alcuni delitti contro la personalità dello Stato, tra cui anche delitti di attentato, evidenziava che questi ultimi non si possono estendere sino a incriminare gli atti preparatori, che sono lasciati alla più «agile» gestione delle misure di prevenzione.

Anche il requisito dell'idoneità viene recuperato valorizzando il principio di offensività: se in un primo momento la giurisprudenza aveva proposto una lettura dei delitti di attentato come reati a condotta pericolosa, ritenendo sufficiente ad integrare il fatto la semplice possibilità dell'offesa, spetta alle Sezioni Unite nel 1970 richiedere una più consistente grado di possibilità dell'evento¹³.

La formulazione letterale dei delitti di attentato era rimasta invariata, ma ne era cambiata l'interpretazione, essendo mutato il rapporto, sempre conflittuale, tra tutela dello Stato e garanzie individuali: questi due interessi, lungi dal contrapporsi, si compenetrano, in quanto la tutela dell'ordinamento democratico-costituzionale passa anche attraverso il riconoscimento di diritti e libertà, a meno di non accogliere una pericolosa nozione di democrazia protetta.

12 Fondamentale la monografia di E. Gallo, *Il delitto di attentato nella teoria del reato*, Milano, 1966; e più recentemente dello stesso Autore v. *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1988, 340 ss. Sulla interpretazione in chiave oggettiva v. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1999, 584 ss.; G. Grasso, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 693 ss.; M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 150 ss.

13 Cass., Sez. Un., 14 marzo 1970, in *Riv. pen.*, 1970, 974. Per una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali si consenta il rinvio a M. Pelissero, *Delitti di attentato*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, 23 ss.

Il rafforzamento del principio di offensività nei delitti di attentato è stato poi avalato dalla riforma sui delitti di opinione con la l. 85/2006 che, al di là delle contingenze politiche che portarono all'approvazione di quella legge, segnalava il legame tra delitti di attentato e libertà di manifestazione del pensiero. Con particolare riguardo al tema che ci interessa, è condiviso il rilievo secondo cui la legge sia intervenuta in modo timido, contraddittorio e disorganico in quanto ha riformato solo alcuni delitti di attentato, arricchendo il fatto tipico di alcune fattispecie con il requisito della violenza (artt. 241, 283 e 289 cp) ed inserendo in altre l'idoneità degli atti (artt. 241 e 283 cp): sistematicamente risulta poco comprensibile questo intervento a macchia di leopardo, considerato che il requisito dell'idoneità era stato ampiamente recuperato per via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ora, a parte le asimmetrie di intervento legislativo, è comunque indubbio che la riforma del 2006 abbia segnalato un ulteriore passo verso la contrazione dei delitti di attentato.

In tal modo i delitti di attentato, lungi dall'avere l'ampiezza che riconosceva loro il Guardasigilli nel 1930, diventano fattispecie che fissano non la prima soglia di punibilità delle condotte offensive della personalità dello Stato, ma l'ultima soglia, quella oltre la quale si vanificherebbe in molti casi la stessa tutela del bene: emerge chiaramente la progressione di tutela del diritto penale politico costruita su fattispecie che incriminano stadi progressivi di offesa al bene finale, secondo una scala crescente di offesa che dalle condotte preparatorie, autonomamente punite (reati accordo, reati associativi, istigazione, propaganda), giunge allo stadio esecutivo dei delitti di attentato. In tal modo, però, la contrazione dell'ambito di applicazione dei delitti di attentato attraverso il recupero del principio di offensività e della non punibilità degli atti preparatori segna anche la crisi dei tradizionali delitti di attentato presenti nel codice Rocco come possibile strumento di tutela penale. Specie con riguardo ai fatti diretti alla realizzazione di eventi macro-offensivi, la rilettura dei delitti di attentato come reati ad evento pericoloso presenta tre profili critici: è problematica l'individuazione della base del giudizio che si fraziona in una pluralità di fatti distinti, più o meno dilatati nel tempo, il cui collante è costituito dall'obiettivo politico finale; problematico è il metro del giudizio che consente di attribuire significato prognostico alla base del giudizio; problematica è, infine, la determinazione del grado del pericolo, perché la graduazione quantitativa tra i possibili gradi (probabilità, non impossibilità) sfuma a fronte di eventi macro-lesivi rispetto ai quali la pericolosità oggettiva rischia di inclinare verso la pericolosità percepita. L'inquadramento giuridico rischia di essere fortemente condizionato da valutazioni politiche alle quali si presta la complessità dei fatti da decifrare.

3. L'autonoma incriminazione di condotte preparatorie e collaterali

È così accaduto che, a fronte della crisi del modello principe di tecnica di tutela dello Stato, i delitti di attentato hanno assunto un ruolo marginale a vantaggio dei reati associativi e delle fattispecie che danno rilevanza a specifiche condotte preparatorie o collaterali. Quanto ai reati di opinione, invece, la prassi applicativa, che si era mostrata interessata ad utilizzarli come strumento di controllo penale nel periodo della contestazione sociale tra la fine degli anni Sessanta e gli anni Settanta del secolo scorso¹⁴, ha visto una progressiva riduzione della loro applicazione, mentre il legislatore da un lato ha sfoltito il sistema dai ramisecchi di alcuni delitti di opinione (l. 24 febbraio 2006, n. 85)¹⁵ e dall'altro ha rafforzato la risposta sanzionatoria sul terreno del delitto di istigazione e apologia di delitto, a suo tempo salvato dalla Corte costituzionale (n. 65/1970), prevedendo all'art. 414, ultimo comma cp una circostanza aggravante ad effetto speciale (ma bilanciabile ex art. 69 cp) in caso di istigazione e apologia di delitti di terrorismo o di crimini contro l'umanità (introdotta dal d.l. 27 luglio 2005, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155)¹⁶.

Sul versante dei reati associativi, è emblematico che alla loro già consistente presenza tra i delitti contro la personalità dello Stato (banda armata, cospirazione politica mediante accordo e mediante associazione, associazione sovversiva), il legislatore abbia affiancato il delitto di associazione con finalità di terrorismo o di eversione (art. 270-*bis* cp) per contrastare il terrorismo interno (l. n. 15/1980) e lo abbia ampliato agli inizi del nuovo millennio a fronte della dimensione internazionale assunta da terrori-

14 Sui reati di opinione, da una prospettiva penalistica, v. C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972; L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

15 M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 960 ss. e 1197 ss.

16 Per un'applicazione v. Cass., Sez. I, 6 ottobre 2015, con nota di S. Zirulia, *Apologia dell'IS via internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2015. Su tale aggravante si rinvia a V. Masarone, *op. cit.*, 275 ss.; A. Barazzetta, *sub* Art. 414, in E. Dolcini-G. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2015, 1550.

smo (dl 18 ottobre 2001, n. 374 conv. in l. 15 dicembre 2001, n. 438)¹⁷.

I più recenti indirizzi di politica criminale, per lo più improntati alla logica dell'emergenza¹⁸ e sollecitati da fonti sovranazionali¹⁹, rafforzano la tutela penale attraverso l'introduzione di fattispecie preparatorie e collaterali rispetto ai delitti associativi.

In particolare, i delitti di attentato possono diventare norme di appoggio rispetto all'anticipazione dell'intervento penale secondo due tecniche di tutela.

Una prima soluzione consiste nel prevedere come delitto autonomo condotte preparatorie di un delitto di attentato. È il modello seguito dal codice penale tedesco: sono previsti come delitti di attentato l'alto tradimento contro la Federazione o un *Land* (§§ 81 e 82 StGB), mentre con disposizione di carattere generale si chiarisce che l'attentato include sia la consumazione che il tentativo (§ 11 StGB); a questi due crimini il § 83 StGB affianca la punibilità delle condotte preparatorie in ragione dell'importanza dei beni da tutelare. Si tratta di una consistente anticipazione della tutela penale che solleva difficoltà di accertamento della linea discrezionale rispetto a condotte che sono rilevanti solo sul piano della prevenzione e delle attività di *intelligence*. Si spiega così perché la giurisprudenza delimiti l'ambito delle condotte penalmente rilevanti ai sensi del § 83 StGB alla preparazione di uno specifico alto tradimento, ossia quando dalla preparazione si sta passando alla fase esecutiva entro una distanza temporale non incerta e non imprevedibile; al contempo però non si richiede un pericolo concreto, altrimenti il fatto integrerebbe il più grave delitto di attentato²⁰.

Anche il nostro ordinamento non è estraneo a questo modello, come nella strage politica (art. 285 cp) costruita come attentato rispetto al delitto di strage "comune" (art. 422 cp), a sua volta strutturato come reato di pericolo concreto²¹.

17 Di recente, su tale evoluzione v. F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 172 ss.

18 A. Cavaliere, *op. cit.*, 1.

19 Ampiamente A. Peccioli, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2005, 13 ss.; V. Masarone, *op. cit.*, 77 ss.

20 Sulla interpretazione di questa fattispecie v. A. Schönke- H. Schröder (a cura di), *StrafgesetzbuchKommentar*, sub § 83, München, 2006, 1119 ss.

21 E. Gallo-E. Musco, *op. cit.*, 184.

La seconda tecnica di tutela è, invece, costituita dalla previsione di reati che incriminano specifiche condotte preparatorie rispetto ai delitti di attentato o collaterali al fenomeno associativo. Anche qui il raffronto con la Germania si presenta interessante, in quanto con la *Legge sulla repressione della preparazione di gravi fatti di violenza pericolosi per lo Stato* (30 luglio 2009) il legislatore tedesco ha introdotto nuove fattispecie preparatorie ai §§ 89a, 89b, 91StGB²².

Il § 89a StGB punisce con la reclusione da sei mesi a dieci anni «chi prepara un grave fatto violento pericoloso per lo Stato», ma, a differenza della generica fattispecie di cui al § 83, il legislatore ha tipizzato le condotte preparatorie²³: da un lato, il grave fatto violento pericoloso per lo Stato consiste in delitti contro la vita che siano in concreto determinati ed idonei a mettere in pericolo l'esistenza o la sicurezza di uno Stato o di una organizzazione internazionale o a sopprimere, eludere o rendere ineffettivi principi costituzionali; dall'altro lato, le condotte preparatorie consistono nell'istruire o nel farsi istruire nella preparazione o nell'uso di armi da sparo, esplosivi, dispositivi esplosivi o incendiari, combustibile nucleare o radioattivo, sostanze velenose o altri-menti nocive alla salute, dispositivi necessari per la realizzazione dell'obiettivo, ovvero nel preparare o procurare armi, sostanze o dispositivi innanzi indicati, nel procurarsi o custodire oggetti o sostanze essenziali per la preparazione di armi, sostanze o dispositivi predetti, nonché nella raccolta, ricezione e messa a disposizione di valori patrimoniali non irrisori per la realizzazione di tali fatti. Nel 2015 il § 89a StGB è stato esteso anche al compimento di atti diretti a viaggiare all'estero per commettere all'esterno un grave fatto violento. La norma è stata inserita al fine di superare le difficoltà di prova in ordine alla responsabilità a titolo di partecipazione al reato associativo.

Il § 89b StGB punisce con la reclusione fino a tre anni o con la pena pecuniaria chi, al fine di prendere istruzioni per la commissione del reato di cui all'art. 89aStGB, attiva

22 Per un commento a queste fattispecie si rinvia, anche per l'ampia dottrina critica sull'anticipazione della tutela penale, a N. Gazeas, *Die neue Tatbestände in Staatsschutzstrafrecht – Versuche einer ersten Auslegung der §§ 89, 89b und 91 StGB*, *NStZ* 2009, 593 ss.; T. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, München, 2016, 833; G.F. Gütge, §§ 89 a, 89 b, 91, in H. Satger-W. Schluckebier-G. Widmaier (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln, 2012, 815 ss.; J. Schäfer, §§ 89 a, 89 b, 91, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, III, München, 2012, 113 ss.; M. Zöller, §§ 89 a, 89 b, 91, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2012.

23 R. Wenin, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal dl 7/2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

o mantiene contatti con un'associazione terroristica (§ 129StGB), anche straniera (§ 129aStGB). Se già l'anticipazione della tutela penale attraverso il § 89a StGB aveva destato perplessità in dottrina, ancor più drastici sono stati i rilievi critici in relazione al § 89b StGB che incrimina una condotta preparatoria rispetto ad un delitto a sua volta preparatorio²⁴.

Infine il § 91 prevede la pena della reclusione sino a due anni in alternativa alla pena pecuniaria per chi pubblicizza o rende accessibile ad un'altra persona uno scritto il cui contenuto sia idoneo a servire come istruzione per la commissione di un grave fatto violento pericoloso per lo Stato.

Nel 2015 è stato aggiunto anche il § 89c StGB che punisce, come fattispecie autonoma, il finanziamento del terrorismo²⁵.

In modo del tutto analogo in Italia, il controllo penale è stato ampliato, affiancando al reato associativo di cui all'art. 270-bis cp, i delitti collaterali di assistenza agli associati (art. 270-ter), arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (270-quater), organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (270-quater.1), addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (270-quinquies), atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (280-bis).

Prescindendo dall'analisi delle singole norme²⁶, mi interessa focalizzare l'attenzione sul significato che riveste l'introduzione di nuove fattispecie che incriminano in modo autonomo condotte preparatorie collaterali al fenomeno associativo.

²⁴ T. Fischer, *op. cit.*, 849.

²⁵ T. Fischer, *op. cit.*, 849 ss.

²⁶ Si rinvia al commento di A. Valsecchi, *sub artt. 270-bis a 270-sexies*, in E. Dolcini-G. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 2996 ss.; A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al dl antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2015; F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 339 ss.; Id., *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 918 ss.; V. Masarone, *op. cit.*, 209 ss.; A. Varvaressos, *Nuove misure sanzionatorie di contrasto al terrorismo di matrice islamica*, in *Leg. pen.*, 2016, 1 ss.; S. Colaiocco, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 1 ss.

4. I rischi di delegittimazione del controllo penale nella progressiva anticipazione della tutela

L'odierno diritto penale di contrasto al terrorismo si colloca nel solco del sistema di tutela progressiva proprio della tradizione del diritto penale politico e di questa valorizza le tecniche di tutela anticipata che consentono di intervenire ad uno stadio antecedente a quello tipizzato nei delitti di attentato. Questa scelta di politica criminale è funzionale a soddisfare diverse esigenze. Anzitutto le fattispecie a carattere preparatorio si adattano alle nuove forme d'azione del terrorismo internazionale che opera attraverso una rete, più che all'interno di un'organizzazione gerarchicamente strutturata²⁷. Allo stesso tempo, queste fattispecie vengono incontro alla necessità di contrastare i cd. lupi solitari ed i cd. *foreign fighters* che sono stati l'obiettivo della riforma del 2015 (dl 7/2015 conv. in l. 43/2015): è stata data parziale rilevanza al cd. auto-addestramento, ma solo nel caso in cui seguano comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-*sexies* cp (una soluzione che, sebbene eviti di sanzionare la condotta di mera acquisizione di informazioni, che di per sé potrebbe essere neutra, appare poco coerente con le intenzioni del legislatore di sanzionare l'auto-addestramento, in quanto si punisce «il compimento di condotte con finalità di terrorismo, rispetto alle quali il reperimento delle istruzioni rappresenta un antefatto»²⁸); l'art. 270-*quater*, comma 2 cp punisce, accanto al fatto di chi arruola per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo, anche la condotta di chi si arruola, sempre che non ricorrano gli estremi dell'addestramento o della partecipazione al reato associativo; infine è stata data rilevanza penale al fatto di chi organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*.1 cp)²⁹. Queste fattispecie vengono incontro ad una esigenza processuale, in quanto permettono di colpire condotte indipendentemente dalla prova della partecipazione del soggetto al reato associativo³⁰: non a caso, tutte

27 F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 33 ss. In giurisprudenza v. Cass., Sez. VI, 12 luglio 2012, n. 46308, in *Foro it.*, 2013, II, 434; Cass., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489.

28 R. Wenin, *op. cit.*, 16.

29 Su queste fattispecie v. il recente lavoro di F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 325 ss.

30 G. Leo, *Nuove norme in materia di terrorismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 dicembre

queste fattispecie presentano la clausola di riserva rispetto al reato di cui all'art. 270-*bis* cp.

Proprio nelle fattispecie a struttura fortemente anticipata si annida il progressivo avvicinamento del diritto penale al limite verso il confine della sua delegittimazione. Sino a quando la responsabilità penale rimane ancorata all'imputazione per un reato associativo, le condotte di partecipazione o di concorso esterno richiedono un più consistente corredo probatorio³¹. Quando invece le condotte preparatorie sono punite «al di fuori dei casi di cui all'art. 270-*bis*», si alleggerisce il quadro probatorio necessario a supportare l'imputazione: il rischio è che fattispecie, che formalmente non sembrano limitare la libertà di manifestazione del pensiero, possano entrare velocemente in un terreno che ne comporta invece la violazione: spetta allora al magistrato che deve interpretare la norma e valutare le prove garantire il confine di legittimità del controllo penale.

Un esempio positivo di giurisprudenza che funge da argine alla potenzialità espansiva del controllo penale è costituito da una sentenza della Cassazione in relazione alla fattispecie di addestramento di cui all'art. 270-*quinquies* cp: in una vicenda nella quale era stata disposta l'ordinanza cautelare in ragione anche del contesto ideologico nel quale il soggetto si muoveva desunto dai profili *facebook* e *twitter* e dalle ricerche in internet svolte dall'indagato (video relativi all'assemblaggio di prodotti esplosivi e filmati di addestramento militare), la Cassazione ha precisato che per la sussistenza del reato di addestramento è necessario che le nozioni fornite (od acquisite) di tipo militare siano «idonee a costituire in chi le riceve (o le acquisisce) un bagaglio tecnico sufficiente a preparare o ad usare armi e quant'altro, non solo ... a suscitare o ad aumentare il proprio o altrui interesse in tale settore»; soprattutto ha chiaramente affermato che «auto ed etero addestramento sono reato, l'informazione e il proselitismo no, rientrano nel perimetro delle libertà individuali costituzionalmente protette»³².

2015, 7. L'addestrato e l'arruolato, una volta entrati nella compagine organizzativa, dovranno rispondere del reato associativo, perché con l'introduzione degli artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* cp «il legislatore ha inteso estendere e non restringere l'area delle condotte penalmente sanzionabili» (Cass., Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 39430).

31 Sui problemi probatori v. F. Viganò, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamo-fondamentalistica: il diritto penale sostanziale*, in C. de Maglie-S. Seminara (a cura di) *Terrorismo internazionale*, Padova, 2007, 136 ss.

32 Cass., Sez. I, 6 novembre 2013, n. 4433.

Costituisce, invece, un esempio di sconfinamento del limite di legittima interpretazione della norma penale, la sentenza nella quale si afferma che il delitto di arruolamento (art. 270-*quater* cp) può configurarsi in forma tentata, non costituendo ostacolo all'applicazione della generale previsione di cui all'art. 56 cp la sua natura di reato di pericolo³³. Sviluppando un'ampia indagine, la Cassazione identifica la condotta di arruolamento nel raggiungimento di un serio accordo tra le parti, dove la serietà va desunta dalla autorevolezza del proponente, che deve avere effettiva possibilità di inserire l'aspirante nella struttura organizzativa, e la ferma decisione dell'arruolato. Se già non è chiaro come possa accertarsi il confine tra impegno verbale "serio" ed il mero assenso al compimento di atti di terrorismo³⁴, ancor meno comprensibile è come si possa ammettere rispetto ad un delitto-accordo la configurabilità del tentativo: la Cassazione lo ammette sulla base dell'argomento formale della non incompatibilità strutturale, ma allo stesso tempo, rendendosi conto del significativo arretramento della soglia di punibilità, si affretta a richiedere «l'ovvia necessità di distinguere i caratteri del tentativo punibile rispetto alle attività di mero proselitismo o libera manifestazione del pensiero». Una necessità "ovvia", ma difficile da concretizzare, perché non comprendo come sia possibile tracciare il confine tra libertà di manifestazione del pensiero e tentativo di un delitto-accordo. Il fatto è che proprio in relazione a fattispecie che già puniscono condotte preparatorie è lo stesso tentativo a dover restare fuori gioco³⁵.

Con l'arretramento della soglia di punibilità e lo sconfinamento verso la repressione di forme di manifestazione del pensiero, il diritto penale del fatto rischia di trasformarsi in diritto penale d'autore: la pericolosità soggettiva diventa il metro di lettura anche del corredo probatorio (come nell'ordinanza di custodia cautelare innanzi richiamata che aveva valorizzato il contesto ideologico del soggetto). Non è un caso che il dl 7/2015, che ha reso punibile sia la condotta dell'addestrato sia i trasferimenti all'estero per finalità di terrorismo, abbia ampliato anche l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione, dove l'indizio diventa prova degli «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti ... a prendere parte ad un conflitto in

33 Cass., Sez. I, 9 settembre 2015, n. 40699.

34 Evidenza a riguardo l'indeterminatezza della fattispecie A. Cavaliere, *op. cit.*, 6; si veda altresì A. Varvaressos, *op. cit.*, 8.

35 S. Colaiocco, *op. cit.*, 5.

territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270-*sexies* del codice penale» (art. 4, comma 1, lett. d) d.lgs 159/2011)³⁶.

In questo contesto, quale argine è possibile tracciare per garantire che il diritto penale si muove ai margini della sua legittimazione? Il diritto penale al limite è un diritto legittimo: una flessione delle garanzie si giustifica con la necessità di contrastare fenomeni criminali particolarmente invasivi e pericolosi. Poche speranze ci sono al momento per limitare il ricorso al diritto penale, anche perché sono le stesse fonti sovranazionali ad imporre introduzione di nuove fattispecie incriminatrici. Gli anticorpi devono, dunque, passare attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. A fronte di un legislatore affannato da scelte fortemente simboliche di anticipazione ed ampliamento della tutela penale manca un corrispondente riscontro nella prassi applicativa di queste nuove fattispecie collaterali; se la loro scarsa applicazione non si tradurrà nel corrispondente ampliamento del reato di associazione con finalità di terrorismo, la giurisprudenza avrà svolto un ruolo di garanzia. In un contesto sempre più convulso di politica criminale, per lo più mossa da spinte emergenziali, spetta alla magistratura un compito gravoso, ma ineludibile di evitare che le ansie preventive permeino anche l'interpretazione delle norme, travolgendo lo stato di diritto³⁷.

36 A. Balsamo, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 marzo, 2015, 5.

37 Sulla necessità di riaffermare la tenuta delle garanzie nel contrasto al terrorismo v. A. Spataro, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, cit., 213 ss.

Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postbattimentale*

di Massimo Donini

1. Definizioni e strategie: nemici, criminali, Stato di diritto

Il terrorista, come l'immigrato, come l'esponente irriducibile della criminalità organizzata, è un prototipo di quello che può essere o diventare un *diritto penale del nemico*¹.

* Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di luglio 2016. È il testo rielaborato dell'intervento svolto a Pisa al seminario organizzato da Magistratura Democratica e dalla *Rivista Questione Giustizia*, dal titolo *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, nei giorni 11-12 marzo 2016. Lo studio è destinato anche, con alcuni adattamenti, agli *Scritti in onore di Sergio Moccia*.

1 *La nozione di diritto penale del nemico qui utilizzata* – quale forma degenerativa, radicale e illegittima (incostituzionale) di diritto penale “di lotta” (concetto più “generale” relativo a ipotesi legislative, anche europee, di per sé legittime sul piano politico, o a prassi ermeneutiche di lotta di dubbia legittimazione: cfr. M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione crim.*, n. 2/2007, 55 ss., 74 ss.) – è più ampiamente esposta in M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, 2006, spec. 735 ss., 741 ss.; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, Id., *Diritto penale di lotta*, cit., 55 ss., 74 ss., 80 ss.; cit. 55 ss., 74 ss., 80 ss.; v. parimenti G. Vassalli, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, Esi, Napoli, 2009, 13 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, 666 ss., spec. 675 s. e, con ulteriori distinguo, R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 13 ss., 25 ss.: l'A. peraltro adotta un lessico differente da quello di tutta la letteratura italiana, in quanto ritiene che ci sia una parte del diritto orientato al contrasto contro fenomeni criminali che, per quanto “del nemico”,

Rispetto al significato generico che questa espressione poteva assumere nel contrattualismo del Settecento², o nell'Ottocento³, quando il criminale *in quanto tale* era visto come un nemico della società; oppure rispetto all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, quando si discuteva del delitto politico e dei suoi caratteri già allora evidenti di possibile prevalenza antiumanistica della ragion di Stato su quelle di garanzia dello Stato di diritto⁴, oggi la categoria del diritto penale del nemico, che ha conosciuto un

sia legittimabile, legittimo come diritto di eccezione (*ivi*, 177 ss.). Non lo chiama di lotta, lo etichetta “del nemico”, ma in fondo vuol significare la stessa cosa. Peraltro il diritto penale di lotta è concetto assolutamente legislativo, presente lessicalmente in numerosissime leggi italiane e di Paesi europei, così come presente nei documenti e nei Trattati dell'Ue; e quello del nemico è usato dalla prevalente letteratura internazionale nel significato “delegittimante” qui accolto (v. *infra* nel testo). Per un diverso impiego del termine “nemico”, e diritto penale del nemico, secondo le leggi di guerra, v. T. Padovani, *Diritto penale del nemico* (Anno accademico 2007/2008), Pisa Univ. Press, 2014, 15 ss., 309 ss. Peraltro, la locuzione del diritto penale del nemico è poi di fatto adattata all'uso corrente “alla moda” (per usare l'espressione di Padovani) nel corso della trattazione con il ricomprendervi il commento dei principali delitti contro la personalità dello Stato, compresi quelli di terrorismo (spec. 275 ss.), in modo così conforme all'uso della categoria nella letteratura più recente (come del resto ben presente a Padovani: *ivi*, 7 ss.).

2 M. Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France* (1972-1973), orig. francese, Seuil/Gallimard, 2013, Feltrinelli, Milano, 2016, 56 ss., e qui l'apparizione del criminale come nemico sociale dopo la Rivoluzione francese. Già per Beccaria chi turba la tranquillità pubblica e disobbedisce alle leggi “dev'essere bandito” dalla società (*Dei delitti e delle pene*, § XXIV), ma l'idea è ben presente anche in Rousseau dove il ribelle e traditore della patria deve morire non come cittadino, ma come nemico (*Il contratto sociale*, lib. II, cap. V) e prima ancora in Hobbes, per il quale chi viene bandito dallo Stato non è più un suo membro ma un suo nemico legittimo (*Leviatano*, cap. XXVIII). Ulteriori e anche raccapriccianti espressioni di un diritto penale dell'esclusione per chi rompe il patto sociale si possono leggere in Fichte o in Kant (per puntuali citazioni cfr. G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* (HRRS), 2004, 88 ss., consultabile on-line al sito www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6, anche in trad. it. col titolo *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Milano, Giuffrè, 2007, 6 ss.

3 Cfr. i ricchissimi volumi raccolti da P. Costa per i Quaderni fiorentini: *I diritti dei nemici*, tomo I e II, *Quaderni fiorentini* n. 38/2009, e qui, in ogni caso, P. Marchetti, *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, *ivi*, tomo II, 1009 ss., 1020 ss.

4 L. Ferrajoli, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in Aa.Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, Sapere 2000, Roma, 1984, 49 ss.

dibattito internazionale notevole negli ultimi lustri⁵, la possiamo intendere in *tre possibili e principali significati assai più specifici, e non escludentisi*:

- a) perché sembra possibile disciplinare (i fatti commessi o realizzabili da) quelle tipologie di autori solo mediante un diritto dell'esclusione o della neutralizzazione, in quanto non si pongono come destinatari dei precetti penali in funzione dialogica: non recepiscono il precetto, delinquono per convinzione, o costituiscono tipi d'autore con i quali la società non intende e non potrebbe dialogare. Quindi non si applicano a tali tipi d'autore (espressi nei fini che perseguono) strumenti dialogici di prevenzione generale positiva, né strumenti di "reinserimento" sociale o rieducazione, per impossibilità o difformità rispetto allo scopo: rimane la sola neutralizzazione. Le misure che a essi si confanno, dunque, sono *ai limiti e oltre i limiti di tutti i principi costituzionali*: no tendenza rieducativa, no temporaneità di pene e misure, no controlli giurisdizionali (o controlli ritardati ed eventuali, dimezzati, incerti), rifiuto di considerare l'umanità del diverso-nemico, essendo una macchina per il male, puramente da sconfiggere, no terzietà della giurisdizione quando essa interviene, essendo il giudicante impegnato nella lotta radicale "in atto" contro il fenomeno e i suoi esponenti;
- b) perché nei loro confronti se non si intendono adottare strumenti di guerra, non riconoscendone lo *status* di belligeranti legittimi, ad un tempo li si tratta *come* nemici-criminali; la «criminalizzazione del nemico»⁶ implica che le

5 Cfr. in prospettiva internazionale *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, cit.; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), vol. I e II, Edisofer S.L., Euros Editores, B de F Ltda, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006; e il n. 1/2009 della *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

6 Evento di portata radicalmente nuova rispetto alla concezione classica del nemico. Questa importante caratterizzazione è ben scolpita nell'opera più matura e forse più bella di C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), Duncker & Humblot, Berlin, 1974, tr. it. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 1991, 131 ss., 335 ss. Schmitt non dice affatto che il "nemico" non sia una persona, come scrive oggi Jakobs (nelle opere sul "diritto penale del nemico" citate alla nota seguente). Non l'ha mai scritto neppure per la guerra in senso stretto, accusando invece i sostenitori dell'idea della "guerra giusta" di giungere a simili aberranti discriminazioni fra i nemici. Egli professa un concetto per così dire agonistico (non però sportivo) del nemico: il nemico non è persona ingiusta, immorale, e tanto meno un criminale. Il nemico è semplicemente colui che si combatte per ragioni riguardanti la

ragioni della sua condotta non vengono considerate dalla politica, che è una politica di pura risposta punitiva: il problema sono loro, la risposta è perciò *contro* i singoli che delinquono. Il fenomeno può rimanere sullo sfondo come questione forse risolvibile, forse non ancora risolubile, ma in ogni caso l'unica vera risposta è quella penale. Però escludente, in quanto con i nemici si può trattare, ma con i criminali-nemici no: rigore sanzionatorio sproporzionato (per es. terzo *strike*, pena di morte, sanzioni indeterminate, regime penitenziario duro), oppure tortura, segregazioni di fatto, trasformazione della pena in misura di sicurezza, o anche esclusioni dal contesto sociale (come le politiche di espulsione quale scopo primario della stessa minaccia della pena). Sotto il profilo processuale, si chiede al giudice di farsi carico delle tesi dell'accusa: chi le contrasta si schiera dall'altra parte. Vietato il garantismo, che vale solo per i cittadini che riconoscono il sistema e appare altrimenti come solidarietà col nemico, va così perduta la terzietà della giurisdizione. Proliferano dunque le sanzioni orientate alla pericolosità, dalle misure di sicurezza a quelle di prevenzione a quelle para-penali, ma formal-

cosa pubblica: per es. la lotta fra partiti dentro allo Stato, e la lotta fra Stati in campo internazionale. Nella visione di *Schmitt* anche la guerra rimane uno strumento per la soluzione di controversie internazionali, parimenti sottratta a paradigmi di legalità rispetto al sindacato dei motivi riguardanti l'*an* del suo instaurarsi: esattamente per non "criminalizzare" la guerra, per non farne un uso discriminatorio, costringendoci a vedere sempre se la guerra è giusta (per es. per legittima difesa) oppure no (per es. crimine internazionale come guerra d'aggressione) e così pure evitando concezioni penalistiche dell'avversario-nemico, fino a etichettarlo come l'autore di un delitto. Sennonché, un rapporto di autonomia radicale viene così instaurato fra politica e diritto, sottraendo il "politico" (quello che decide lo stato di eccezione: Id., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität* (1922, 1934), tr. it., *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972, 33) al sindacato giurisdizionale. Chi decide lo stato di eccezione, ovvero la guerra e con ciò anche l'avversario politico, è sottratto a regole giuridiche in questa scelta: la politica è giuridicamente libera e nessuna Costituzione, vale a dire nessun giudice costituzionale, potrà permettersi di metterle il bavaglio. Una sorta di "spazio libero dal diritto", dunque, tanto per gli stati di eccezione quanto per la guerra e per la lotta politica: proprio perché sono fuori-legge le condizioni che definiscono la lotta politica o la guerra, nessuno avrà "diritto" di dichiarare che l'avversario-nemico è *hors la loi* e tanto meno *hors l'humanité* (Id., *Der Begriff des politischen* (1932), tr. it., *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit., 109 s., 165). Viceversa, secondo *Schmitt*, quando la lotta politica, la guerra e lo stato di eccezione sono costruiti in termini di legalità o di moralità (partito etico, guerra giusta, legge di emergenza), gli avversari verranno criminalizzati, anziché riconoscere che sono semplicemente, ovvero politicamente, dei "nemici", che magari possono anche avere ragione.

mente amministrative, le *black lists* prive (a lungo) di veri controlli giurisdizionali, i moderni *lager*, ben oltre i centri d'identificazione ed espulsione, cioè Guantánamo et *similia*, con subappalto fuori territorio dopo qualche volo segreto o qualche estradizione;

- c) perché prevale il diritto penale d'autore rispetto al diritto penale del fatto e l'attività giurisdizionale assume verso di loro le funzioni di una macchina da guerra o di contrasto. Non può per definizione essere terza se è dalla parte di uno Stato che formalmente non è in guerra ma di fatto lo è: dunque o prevalgono soluzioni *occulte* di fuga dalla giurisdizione, oppure, quando la risposta è giudiziaria, la reale funzione è di escludere un diritto penale della colpevolezza o della inclusione o della rieducazione. La giurisdizione dunque non può *dialogare* con questi soggetti, neppure a pena espiata, neppure se hanno già svolto programmi di mediazione penale e di giustizia riparativa. Come non riesce neppure oggi a dialogare bene, a pena espiata, con i terroristi "interni", quelli ormai sconfitti degli anni Settanta.

Contro questo scenario, ben noto, e dal penalista tedesco Günther Jakobs descritto da molti anni come orizzonte normativo del presente, purtroppo anche al fine di legittimare la *giuridicità* del trattamento neutralizzante di "non persone", senza distinguere tra diritto vigente e diritto valido⁷, la quasi totalità dei penalisti è insorta per ripudiar-

7 In traduzione italiana G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., 6 ss.; Id., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di E. Kistoris e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2006, 3 ss.; Id., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 109 ss.; in lingua spagnola e tedesca v. pure Id., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, 26 ss.; Id., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, cit., 88 ss.; la cui traduzione italiana, con altro titolo, è il primo lavoro citato in questa nota; Id., *An den Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht*, in A. Parmas, P. Pruks, (Hrsg.), *Nullum ius sine scientia. Fest. J. Sootak*, Juura, Talinn, 2008, 131 ss. (cit. dal dattiloscritto della conferenza svolta a Freiburg im Br.); Id., *Diez años después: el derecho penal del enemigo*, in *Cuad. Pol. Crim.*, n. 105/2011, 5 ss. Jakobs ha sempre sostenuto di descrivere giuridicamente il fenomeno non per approvarlo. Che egli tuttavia ne legittimi la giuridicità, e ciò attraverso un'evidente svalorizzazione della dimensione costituzionale del diritto, ho cercato di spiegarlo negli scritti cit. a nota 1.

lo come inesistente in quanto diritto, oppure come illegittimo, o come non diritto⁸. A fronte di esso, dunque, esiste la risposta *politically correct* dello Stato di diritto⁹:

- a) nessuna legge eccezionale (ma è vero? ed è possibile?), nessuna deroga ai principi costituzionali (ma è vero?), nessuna trasformazione del processo penale in quello di un tribunale militare di guerra, nessun cedimento rispetto alle garanzie processuali di tutti (ma è vero e possibile?), nessun uso del processo per scopi di mera neutralizzazione (finché non esplodono bombe sotto casa nostra), conservazione di una lotta contro autori irriducibili attraverso gli strumenti del diritto penale del fatto (ma è vero?), apertura della pena a tutte le sue tradizionali funzioni (ma ci crediamo?);
- b) una risposta fondamentalmente giurisdizionale al fenomeno, vale a dire piena e permanente sua criminalizzazione, con mancato riconoscimento dell'esistenza di "Stati" islamici belligeranti e risposta individualizzante-criminalistica verso gli agenti del terrore. Nessuna guerra, nessun provvedimento che prenda atto del "fenomeno politico" retrostante, con misure o atti giuridici di tipo dialogico, o implicante un qualche "riconoscimento": il criminale è lui il problema, mentre il problema dal quale nasce la sua criminalità non entra nel momento giurisdizionale che è solo individualizzato. E nel frattempo continuiamo a essere tra i maggiori esportatori di armi da guerra nel mondo, con specifico riferimento anche ai Paesi arabi e africani dove è più acuta la guerra armata al terrorismo;
- f) la trasformazione di ogni tipo di "lotta" in contrasto giurisdizionale, e dunque, peraltro, in lotta giudiziaria: ciò che comporta una *soutraesposizione della ma-*

8 Oltre alla maggior parte dei contributi internazionali contenuti nelle opere collettanee citate *retro*, a nota 5, v. i numeri monografici di *Questione Giustizia*, n. 4/2006; *Studi sulla Questione criminale*, n. 1/2006 e n. 2/2007, nonché *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, cit.; *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 107 ss., 149 ss., 161 ss.; nonché *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, Esi, Napoli, 2009. Noi abbiamo sempre seguito l'unica impostazione corretta sul piano fenomenologico, che è quella di riconoscere il fenomeno, di dichiararne la illegittimità, e di distinguerlo da fenomeni affini, in predicato di diventare forme di diritto del nemico, come il diritto penale di lotta.

9 Da ultimo, esemplarmente, L. Ferrajoli, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in questo e-book. E in precedenza Id., *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, n. 4/2006, 797 ss.

giustizia, anche se non è certo essa un obiettivo specifico del terrore, a differenza che negli anni '70, quando si trovò in prima linea rispetto al terrorismo interno, e anche quando le manifestazioni, le radici, le culture, le geografie, le economie e le politiche del fenomeno sono chiaramente internazionali e sovranazionali.

2. *Sed contra...* Tre premesse di politica del diritto e di sincerità nelle risposte

La separazione lineare delle risposte appena tracciate s'incrocia con argomenti e vicende che riguardano la durezza dei fatti i quali infrangono le schematizzazioni e le dicotomie, comprese quelle che, per non rischiare che si arrivi al diritto penale del nemico, neppure ammettono che esista un *diritto penale di lotta*¹⁰, così lasciando al giurista di occuparsi con sicurezza e buona coscienza solo di furti in stato di bisogno, omicidi passionali, diffamazioni, usurpazioni di titoli e onori, reati della "gente per bene" etc.: fenomeni contro i quali non ha senso che lo Stato usi il diritto penale in funzione di vero contrasto, come invece fa tutta la politica criminale contemporanea ... a cominciare da quella europea, che ha codificato addirittura nei *Trattati dell'Unione* la funzione di "lotta" del diritto e di quello penale¹¹.

1. Una premessa di senso comune, rispondente al più classico dei principi di sussidiarietà è che i *macrofenomeni*, ancor più se internazionali, non vengono "risolti"

10 Su tale categoria, ampiamente, M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a neutralizzare*, cit., 55 ss., 74 ss., 80 ss.; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., 19 ss., 43 ss. Per una riflessione sul diritto penale del nemico in relazione a quello di lotta (oltre a Jakobs che li accomuna semplicisticamente e strumentalmente), v. anche W. Hassemer, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Esi, Napoli, 2000, 83 ss., 99 ss.

11 Ricordo, come già in altre occasioni, che in Europa l'idea che il diritto, e anche il diritto penale, persegua funzioni e compiti di "lotta" contro fenomeni sociali e criminali, è così radicata da essere entrata in numerose disposizioni dei *Trattati europei*, e non solo nelle motivazioni o intitolazioni di numerosissime leggi, sì da rischiare di orientare anche l'ermeneutica *giurisdizionale* delle leggi in una direzione di coinvolgimento e non terzietà del giudice, affinché stia dalla parte dello Stato belligerante, e non del diritto costituzionalmente conforme. Gli spazi per un'ermeneutica legittimamente pluralistica rendono problematica tutta la materia.

con risposte giurisdizionali punitive, tanto più se queste sono nazionali. Direi che i macrofenomeni in generale (per es. economici, sociali) non sono risolvibili mediante la giurisdizione, anche se ogni condotta oggi, anche degli Stati, è sottoposta alla giurisdizione. Una risposta giurisdizionalmente conforme non significa pertanto che la soluzione sia giurisdizionale. Sarà essa (solo) un contributo alla soluzione. Premessa tanto ovvia quanto illuminante. Di fronte alla tentazione di nuovi e illusori protagonismi giudiziari, possiamo dire ai *crusading judges* che non si tratta neppure di una risposta chirurgica, che taglia dal corpo sociale le parti infette, perché non sa e non è interessata a sapere come nasca e si sviluppi l'infezione. Il terrorismo internazionale contemporaneo non può essere ridotto a "una" questione criminale, perché chi lo dice o lo pensa maschera col lato "garantista" della soluzione l'esistenza di una guerra feroce in corso, in altri territori ("non ci sentiamo in guerra" perché la lasciamo fare agli altri), e non fa i conti con la presenza di un retroterra culturale islamico che ripudia il terrorismo, ma non lo Stato islamico come concetto politico o ideale (l'Islam che non accetta un silenzio connivente col terrore, ma vuole che giurisdizione si eserciti in nome di Allah, deve essere maggiormente coinvolto e conosciuto)¹². Una cosa è il versante interno del terrorismo, dunque, e una cosa quello internazionale.

2. Se gli attentati di Parigi del 2015, o quelli di Bruxelles 2016, si fossero verificati a Roma, il clima, politico, ermeneutico, giudiziario etc. sarebbe differente. Non so se avremmo chiesto anche noi, come la Francia, di sospendere le garanzie della Cedu, ma di diritto o di fatto, il clima di garantismo giurisdizionale che complessivamente respiriamo oggi, non ci sarebbe. La stampa e l'opinione pubblica chiederebbero ai giudici da che parte stanno, e loro forse non sempre saprebbero rispondere, secondo il "modello Barak": stiamo dalla parte del diritto e comunque delle garanzie costituzionali¹³.

12 Di notevole impatto descrittivo, nel mostrare il retroterra "culturale", e non meramente criminale, di Daesh, nelle popolazioni e nelle menti, S. Atran, *Rivoluzione e Stato islamico*, in *Internazionale*, 1 aprile 2016, 86-99. Cfr. pure il propagandistico *The Isis Paper. A Masterplan for consolidating power*, pubblicato in *the Guardian* il 7 dicembre 2015.

13 Un esempio illuminante di una condotta di questo tipo nello scritto del giudice supremo israeliano A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, e in numerosi altri contributi, oltre che nell'esempio concreto della presidenza della Corte Suprema di Israele e della lotta al terrorismo in Israele; v. sul punto F. Stella, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 938 ss. e la *lectio magistralis* dello stesso Barak, *I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, nel volume *I diritti fondamentali della per-*

Quest'osservazione è banale, ma vuole far comprendere che la situazione nella quale si svolge il nostro dibattito non è "ideale"; è semplicemente "astratta" da una realtà concreta come quella che esiste in molte parti dell'Europa, dell'Asia o dell'Africa dove il terrorismo è *diversamente* all'opera. Non sostengo che le condizioni più *vere* per la risposta siano quelle dove il fenomeno è attuale nelle sue manifestazioni tipiche del terrore. Però dobbiamo figurarci di attualizzare quello che diciamo anche per un clima assai più fosco e drammatico, perché esso mantenga un senso di aderenza alla verità del fenomeno.

3. *I tipi d'autore responsabili, ma "immotivabili dal diritto"*, rispetto ai quali non è possibile una prevenzione generale o speciale positiva, né è possibile il dialogo, *esistono veramente*. Qui la stessa pena applicata – l'unica pena vera sul piano giuridico, essendo quella minacciata una pena non giurisdizionale, ma ancora politica¹⁴ – può solo svolgere una funzione di contrasto e neutralizzazione. Queste fenomenologie soggettive interessano parti del pianeta criminologico del terrorismo e della criminalità organizzata, oltre alla classe di soggetti le cui condizioni individuali siano segnate da specifiche patologie criminali. Sono a volte le espressioni pure del male che il diritto penale continua ad annoverare al suo interno così vario e differenziato¹⁵. O sono tipologie di delitti politici ben diverse dal passato. Un tempo il delitto politico esprimeva anche una forma di delinquenza "per convinzione" che si riteneva meritevole di benevoli trattamenti penali¹⁶. Oggi il terrorismo di matrice islamica (e non solo) certo non

sona alla prova dell'emergenza, a cura di S. Moccia, cit., 37 ss. Il volume raccoglie gli atti del Convegno Silvia Sandano svoltosi a Roma il 6 dicembre 2007 in onore di Aharon Barak.

14 *Amplius* sul punto M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss., spec. 1171 ss., 1191.

15 Per una più ampia descrizione, rinviamo al nostro *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vigliotti, Giappichelli, Torino, 2008, 217 ss.

16 Cfr. l'interessante esempio della Repubblica di Weimar e prima ancora dello Stato prussiano in K. Bellinkrodt, *La "Festungshaft" – teoria e prassi del "carcere d'onore" per il delitto politico nella Repubblica di Weimar*, in Aa.Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, cit., 83 ss. La figura del delinquente per convinzione (*Überzeugungstäter*), come noto, ispirò il progetto di legge (tale rimasto) redatto da Gustav Radbruch nel 1922, dove quella figura trovava esplicita disciplina mediante una detenzione (*Einschließung*) più onorevole del carcere normale (*Gefängnis*). Sul tutto v. J. C. Gödan,

ispira il riconoscimento di nessuna attenuante dovuta a motivi di particolare valore morale o sociale. Il suo attentare ai diritti fondamentali dell'uomo, il suo colpire ciecamente vittime innocenti e su larga scala, rende impossibile il riconoscimento culturale dell'interlocutore, o un qualsiasi mutuo *feedback* cognitivo¹⁷, e rende anzi possibile il suo inquadramento tra i crimini contro l'umanità del diritto penale internazionale.

3. Il gioco dei ruoli e la giurisdizione-ostacolo. Chi “paga il biglietto”, tra campioni e *free riders* della sicurezza

Riassumiamo che cosa è successo dopo l'11 settembre 2001.

È diffusa la convinzione che *l'Europa* abbia adottato una risposta giurisdizionale prevalente, mentre *gli Usa* abbiano visto nella giurisdizione un ostacolo¹⁸. Però Stati Uniti e Europa hanno svolto ruoli che, se diversi, sono stati convergenti¹⁹. E la matrice politica degli interventi, in ogni caso diversa, tuttavia in entrambi i casi non è stata certo *liberal*²⁰.

Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, e qui, 241 ss., le obiezioni della prevalente penalistica all'idea di una differenziata e più mite tipologia sanzionatoria per il delinquente per convinzione politica, religiosa etc.

17 Sotto questo profilo – ma penso solo sotto questo profilo – l'analisi di Jakobs è davvero pertinente, e anche imbarazzante.

18 Fra gli altri, F. Viganò, *Terrorismo islamico e art. 270bis cp.*, in Aa.Vv., *Terrorismo e legislazione penale*, in www.csm.it (Incontro di formazione del 14 aprile 2005); E. Resta, *Ancora su terrorismo e stato di crisi*, in *Indice pen.*, 2011, 505 ss.; con forse maggiori differenziazioni di ruoli convergenti, M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *I diritti dei nemici*, *Quaderni fiorentini* n. 38/2009, tomo II, 1699 ss. (§§ 2-4).

19 Su tale convergenza politica di fondo v. quanto detto già in M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, cit.; Id., *Le statut de terroriste: entre l'ennemi et le criminel. Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 1/2009, 31 ss.

20 Così da ultimo F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Wolter Kluwer, Cedam, Padova, 2016, 110 ss.

Negli Stati Uniti l'azione effettiva dello Stato non è stata affidata principalmente al diritto penale²¹, ma a misure di polizia, intercettazioni di massa, a norme di eccezione solo in parte sostanzialmente penali (in quanto privative o limitative della libertà o di altri beni fondamentali), ma formalmente amministrative, ad azioni di guerra, ai servizi segreti e all'esercito. Sono questi i meccanismi tipici che hanno portato a *Guantánamo* e altri simili luoghi segreti di detenzione, alle cd. *extraordinary renditions*, ai voli segreti della Cia, etc.²².

In questa logica il terrorista è un nemico, prima di essere un criminale, e come tale, prima di venire punito, deve essere innanzitutto neutralizzato. Il sospetto terrorista, parimenti, deve essere neutralizzato secondo una logica di guerra, anche al prezzo di fare alcune "vittime" innocenti, ma al fine di salvare il bene comune. Essendo inopportuno, per tali azioni, il ricorso principale allo strumento penalistico – che non può mettere deliberatamente in conto le vittime innocenti, che contrastano con il suo fine di giustizia –, si è evitato finché possibile il ricorso alla giurisdizione (a parte quella

21 Non principalmente, benché le norme penali o processuali penali siano numerose, limitative di diritti fondamentali, e spesso abbiano avuto un effetto trainante come 'modello' per le nostre discussioni e in parte legislazioni. Che la "guerra" americana sia avvenuta anche attraverso il diritto e il diritto penale, è dunque innegabile e perciò si è parlato giustamente – da parte di Giuliano Vassalli – di un diritto penale del nemico di matrice americana. Diritto penale del nemico in senso stretto nel significato assunto *retro* al § 1, e non traslato. Alla relazione di G. Vassalli, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, all'omonimo Convegno di Roma, 6 dicembre 2007, in *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, a cura di S. Moccia, cit., 13 ss., faccio doveroso rinvio. V. pure sulla legislazione statunitense R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 67 ss.; J. Vervaele, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova, Cedam, 2007, 237 ss.; L. Salas, *Diritto penale, diritto politico e "diritto penale del nemico"*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, 304 ss.; V. Fanchiotti, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2006, 699 ss.; e gli scritti di Fanchiotti, Miraglia e Magliaro nel numero monografico di *Questione Giustizia*, 2-3/2004, dedicato a *La libertà delle persone*, spec. la parte II, pp. 281-330.

22 Sul fenomeno delle *extraordinary renditions*, e della complicità dei governi europei, v. per tutti C. Fava, *Quei bravi ragazzi*, Sperling & Kupfer, Milano, 2007, e la documentazione presentata al Parlamento Europeo, ivi citata. Sul caso esemplare di Abu Omar, A. Spataro, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e giustizia offesa*, Laterza, Bari, Roma, 2010. Per l'analisi normativa della legislazione americana in merito, cfr. A. Pasquero, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007, in partic. il cap. IV (Il procedimento statunitense di *rendition*), 113 ss.

militare, e salvo risposte tardive del sistema, dopo anni di ricorsi): il controllo giurisdizionale era un ostacolo a questo tipo di risposta.

La risposta dell'Europa al terrorismo internazionale è stata condotta secondo le direttrici del diritto penale classico e del diritto internazionale²³. A parte gli interventi militari, di guerra per alcuni Stati, “di pace” per altri, in Afghanistan, in Iraq, in Egitto, negli Emirati Arabi, etc., si è considerato il terrorismo non già una realtà da combattere con una guerra o con strumenti extralegali, ma con le armi del diritto. Essendo il terrorismo un fenomeno criminale, lo si è inteso quindi «combattere con il diritto penale» (*sic*). Certo, anche la politica, l'*intelligence*, gli appoggi militari diretti o indiretti agli Stati Uniti o all'Onu hanno svolto un ruolo importante, tuttavia la differenza qualificante rispetto alla risposta americana è che il terrorismo è stato inquadrato *principalmente* come l'espressione criminale di un movimento politicamente estremista.

Ciò ha di fatto sbilanciato la magistratura verso una sovraesposizione in funzioni di lotta, per fortuna tanto meno negativa per lo Stato di diritto quanto poco cruento sono state le azioni terroristiche in Italia. Ci siamo anzi segnalati per alcune azioni di particolare cifra garantista della magistratura: dalla vicenda Abu Omar alle letture in chiave di offensività delle finalità di terrorismo (v. *infra*). Ma non sempre le cose sono andate così.

Nel frattempo, il terrorismo di matrice islamica ha mutato il suo radicamento territoriale e organizzativo: da Al Qaeda a Isis. Ma è cresciuto anche il terrorismo interno (di matrice islamica) agli Stati occidentali.

Dopo Parigi 2015 e l'intervento militare francese, russo e americano in Siria e contro lo Stato islamico di Isis, molte sono state le pressioni sull'Europa per un supporto bellico, in una situazione che non doveva più fronteggiare l'a-territorialità inafferrabile di Al Qaeda, ma un radicamento geografico preciso di un embrione di Stato. Il presidente americano Barack Obama di recente ha detto che gli Europei sarebbero *free riders* della sicurezza²⁴: che altri pagano il biglietto, ma loro no. In quanto, appunto (ma questo lo aggiunge chi scrive), si limitano alla giurisdizione.

23 Cfr. F. Galli, *The Law on Terrorism: the UK, France and Italy compared*, Bruylant, Bruxelles, 2015; M. Zöller, *Terrorismusstrafrecht. Ein Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009; M. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Editorial Reus, Madrid, 2010; C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Giuffrè, 2010. Per un'analisi aggiornata del sistema spagnolo v. anche F. Fasani, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., 283 ss., 370 ss.

24 Le dichiarazioni sono riportate in *La Repubblica*, 11 marzo 2016.

In questa accusa c'è del vero: l'Europa non è una confederazione di Stati, e si compatta, secondo i suoi Trattati, solo per la "lotta giuridica" o per interessi economici (è un po' schematizzato, ma non lontano dal vero). Però *la tutela dei diritti fondamentali di tutti, terroristi compresi, non è mai un lusso*. Se l'Europa non paga il biglietto della sicurezza internazionale, gli Usa non pagano il biglietto del controllo giurisdizionale sulle loro azioni di sicurezza nazionali e soprattutto internazionali. *La giurisdizione è essa stessa un 'prezzo' che deve essere pagato*: dagli Stati, che devono sottoporsi ai Tribunali internazionali – e gli Usa, come Cina, Russia e Israele, non hanno mai ratificato lo Statuto di Roma – e dai loro esponenti e funzionari, oltre che dai magistrati. Essa non può avere, peraltro, un ruolo di avanguardia rispetto a un fenomeno siffatto, la cui enormità ed estensione geografica richiedono una gestione pluridimensionale che solo un cieco potrebbe affidare in modo privilegiato o esclusivo al *ius dicere* dei magistrati. Salvo che per il terrorismo strettamente interno.

Questo a me pare lo stato delle cose

4. La giurisdizione non è uno strumento di lotta contro fenomeni generali

La verità è che la *giurisdizione non è proprio uno strumento di "lotta"*²⁵. Lo può essere la macchina processuale in alcune sue fasi, l'indagine con misure cautelari, per

25 Quanto detto non ritratta ciò che abbiamo sostenuto nei precedenti studi sul diritto penale di lotta quale *ammissibile funzione* del diritto penale. Il diritto di lotta ha una legittimazione politica fintanto che non si arriva a una verifica squisitamente giurisdizionale, la quale non può assumerlo tra i propri scopi (anche se potrà essere esercitata in modo da assecondare complessivamente *di fatto* le *funzioni politiche* di contrasto contro un fenomeno). Che il diritto non sia solo giurisdizione è fatto ben noto anche al tecnico-giuridico. *Lo stesso diritto penale conosce un'applicazione non giurisdizionale*, benché diversa da quella del diritto civile o pubblico, che si "applicano" nei rapporti sociali prima e a prescindere da ogni sanzione. Il diritto penale *sanzionatorio* si applica solo in giudizio, ma *quello dei precetti*, l'implementazione delle sue regole di condotta attraverso la prevenzione generale, *trova enorme applicazione extraprocessuale*. La stessa dimensione di contrasto contro un fenomeno criminoso conosce quindi in quel momento extraprocessuale un campo decisivo di intervento: sia esso un momento relativo alla fase delle indagini, del pubblico ministero inquirente, della polizia giudiziaria, delle misure di prevenzione, dell'attività di pubblica sicurezza, sia esso un momento strettamente pubblico di discussione nei *mass media* e nella società. Ciò valga anche come replica alle serie e istruttive riflessioni critiche di M. Pavardini, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bup, Bologna, 2014, 67 ss.

es., vista dal punto di vista del pubblico ministero, ma non la giurisdizione chiamata a controllare quell'azione. *La politica potrà pensare che lo sia il diritto*, nella sua funzione generalpreventiva e sanzionatoria connessa. Ma quando dalla dimensione politica del *diritto socialmente motivante* si passa a quella *giuridica* della decisione *responsabilizzante*, l'imperativo di non usare il singolo come mezzo per finalità impersonali (art. 27, co. 1, Cost.) vieta che il momento della lotta contro un fenomeno generale trovi ingresso specifico nella concretizzazione del giudizio di responsabilità individuale. L'inserimento di scopi giuridici di lotta dentro al momento giurisdizionale del diritto viola l'art. 111, co. 2 Cost.: «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale». Ovviamente per giurisdizione intendiamo soprattutto, in diritto penale, il controllo di una qualsivoglia domanda processuale di una parte (pubblico ministero) nei confronti di una persona indagata, in posizione di terzietà e nel rispetto delle regole e dei principi dello Stato di diritto.

Uno strumento di lotta essa non lo è per molteplici ragioni:

- a. La giurisdizione non è adatta al contrasto contro fenomeni generali. Decide domande sui singoli. Ciò dipende dal carattere individuale del meccanismo giurisdizionale penale e dal principio della domanda. Non ci sono *class actions* in diritto penale e quando ci sono (per es. i maxiprocessi) esse distorcono di norma le regole della giurisdizione.
- b. La prevenzione generale, in una logica di lotta, divora tipicità (per la tentazione di analogie o forzature ermeneutiche), colpevolezza, proporzione, rieducazione etc., tratta sempre i singoli come mezzi, non come fini, o richiede motivazioni occulte, presunzioni, inversioni di oneri probatori, omessi controlli di garanzia. Tutto questo è una perversione della giustizia penale.
- c. L'uso delle norme come mezzi di contrasto verso fenomeni "generali" trasforma un diritto di giustizia in uno strumento prima di lotta, e poi del nemico: dove il giudicante, quando c'è, è necessariamente *parte* del conflitto, non terzo imparziale. D'altro canto, giudicare casi che siano espressione di un fenomeno in atto (come certe forme di criminalità organizzata, mafiosa e di terrorismo) è la sfida più grande per la terzietà della giurisdizione, come sa ogni magistrato "in prima linea".
- d. La giurisdizione penale è invece sottoposta a uno statuto di garanzie che ammettono diverse declinazioni, anche temporanee sospensioni dei diritti (art. 15

Cedu), ma non eccezioni di fondo ai principi generali della sua terzietà, e del rispetto dei principi basilari dello Stato di diritto²⁶.

- e. L'alternativa conosciuta a un illegittimo diritto penale della pura neutralizzazione è da sempre costituita da altre misure, formalmente non punitive, estremamente problematiche anch'esse, perché tipiche del *diritto d'autore*: misure di sicurezza, misure di prevenzione, strumenti amministrativi extrapenali, dove in realtà si nasconde spesso il diritto del nemico, formalmente non penale o non punitivo, ma comunque neutralizzante ed escludente.

Aniché costituire un valido strumento di lotta, la giurisdizione, tutt'al contrario, è oggi un sistema di controllo universale, ormai, anche sulla politica, anche sulla Ragion di Stato: Statuto di Roma, Tribunali internazionali, Corti supreme, Stato di diritto in generale.

Ce n'è quanto basta per ridimensionare le illusioni belligeranti delle Procure della Repubblica, se non fosse che esistono norme incriminatrici che trasformano le Procure in organismi finalizzati alle sole indagini e non ai giudicati, come se fossero organi di Polizia.

5. L'oggettivizzazione normativa dello scopo di neutralizzare soggetti e l'assunzione da parte della magistratura di funzioni di polizia, a fianco delle forme extragiudiziarie di lotta e di guerra

Se la giurisdizione non risolve il problema delle cause del terrorismo, come quasi mai essa risolve quei problemi eziologici, come possiamo ipotizzare che solo con strumenti giurisdizionali (la criminalizzazione) si debba affrontare il fenomeno²⁷?

In realtà, noi ci permettiamo soluzioni soprattutto giurisdizionali perché *la magistratura assume anche funzioni di polizia grazie al fatto che le nuove incriminazioni*

26 Oltre a quanto dirò in seguito, al § 8, v. in generale sulle logiche del diritto di eccezione, la collettanea *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Eum, Macerata, 2011.

27 È una domanda che pongo rispetto alla posizione radicale di Luigi Ferrajoli emergente dallo scritto citato a nota 9.

introdotte dopo gli attentati del 2001, del 2005 e del 2015, sono soprattutto *preventive*, sono fattispecie *ultra-preparatorie che oggettivano in forme normative lo scopo di neutralizzare soggetti molto prima dei fatti da quelli commessi*. Per prevenire i fatti, non potendo eliminare le cause del fenomeno, non resta che neutralizzare i soggetti, come se le cause fossero loro. È tipico della risposta giuridica fermarsi a un'imputazione dogmatica, anziché estendersi al *rerum cognoscere causas*. Del resto per il *terrorismo interno* questo tipo di risposta potrebbe anche sembrare sufficiente.

Le nuove norme, peraltro, non sono meramente ascrittive: servono alle indagini, *per smascherare terroristi potenziali o in pectore*. Servono per indagarli quando si ha il sospetto che abbiano intenzione di diventare i terroristi che ancora non sono.

Dirò subito che, per quanto vagamente orwelliane, penso che esse abbiano un'utilità indubbia a fronte di minacce gravi per la *salus rei publicae*, e per impedire che i controlli siano lasciati a forze di polizia o di *intelligence* sottratte al governo della magistratura.

Noto però, al contempo, che esse tendono a realizzare una trasformazione di una parte del diritto penale in diritto di polizia. Si tratta, infatti, di prendere atto che la *magistratura stessa*, sia pur con migliori "garanzie" di una volta, sta acquisendo *funzioni così anticipate di lotta da risultare simili a quelle di polizia di sicurezza*, col risultato che l'esito dell'applicazione di fattispecie preventivo-soggettive sarà quello di servire alle indagini sulle persone e al loro controllo, non all'accertamento della responsabilità per fatti specifici: perché se i soggetti pericolosi sono scoperti e neutralizzati (ben prima della realizzazione di attentati), lo scopo ultimo di questa legislazione "penale" sarà stato raggiunto. Non si tratta, dunque, di legislazione meramente simbolica, come da più parti si è scritto.

Vorrei segnalare che ogni norma incriminatrice può essere vista in una duplice dimensione: quella delle indagini e quella del dibattimento. *Come se esistessero due codici penali differenziati per fasi processuali*. Per le indagini i fatti tipici in essi previsti sono solo "indizi" o gravi indizi di quei fatti. Sono fatti anticipati. *Solo nel "codice per il dibattimento" o per il "giudizio", quei fatti sono veramente quelli di cui trattano i commenti*. Ma le sentenze della magistratura, anche di Cassazione, se emesse nella 'fase delle indagini', riguardano fatti indiziati, la cui *cognitio semiplena* condiziona la stessa struttura dei fatti "tipici per fase".

Il problema del diritto penale di lotta è di far dimenticare nelle indagini quella che sarà la dimensione finale del giudizio, di indurre a credere che i fatti sufficienti

per misure allo stato degli atti siano sufficienti anche per il giudizio. Peggio ancora. La tentazione, cui cedono sovente legislatore e interpreti in prima linea, è di costruire *ab origine* i “fatti tipici” per adattarli meglio a quelle cangianti e mutevoli fattispecie concrete di interesse *processuale*, prima che penale.

Pochi esempi.

- a. La *punibilità del mero accordo o dell'istigazione per essere arruolato e addestrato* (art. 302 e 304 c.p. in relazione agli artt. 270-quater e 270-quinquies cp). Una possibilità tecnica inusitata è offerta dal combinato disposto dei classici delitti di istigazione e di cospirazione politica rispetto ai delitti contro la “personalità dello Stato”, con le nuove fattispecie di arruolamento, e addestramento, che in effetti, per la loro non sempre chiara formulazione, *interferiscono con il sistema codicistico italiano*, che *già prevede* la punibilità di condotte di istigazione e accordo per commettere delitti anticipati (atti preparatori) contro la personalità dello Stato (art. 302, 304 cp). Se l'arruolamento fosse un accordo per compiere atti di terrorismo²⁸, allora l'istigazione a tale accordo (art. 304 cp) che cosa sarebbe se non la prima manifestazione della volontà di entrare/far entrare nel circuito del terrore? Sono certo misure solo apparentemente simboliche, ma invece “utili” per perseguire a livello di indagini, ma anche penalmente, tipi d'autore sospetti, prima che abbiano commesso qualsiasi fatto di qualche offensività potenziale. Sono però anche norme espressive del commiato dallo Stato liberale e dal diritto penale del fatto: si scrivono ‘fatti’ di reato che dissimulano tipi d'autore. *Norme pre-processuali, scritte “per il codice delle indagini preliminari”*, non per il codice del dibattimento o del giudizio. Eppure a giudizio ci potranno anche finire qualche volta ... e il legislatore ne è ben consapevole, avendo aggiornato l'istigazione *ex art. 302 cp* col prevedere un'aggravante per lo strumento informatico o telematico.
- b. *Se chi si accorda per farsi addestrare, cioè per “diventare terrorista”, o istiga a tale evento anche solo rappresentato da singoli delitti sorretti da quella finalità, è già punito di per sé, dopo la novella del 2015* (dl 18 febbraio 2015, n. 7 conv. nella l. 17 aprile 2015, n. 43), *chi si autoaddestra in solitario* è pure punito, ma in tal caso è richiesto che ponga in essere comportamenti *univocamente finalizzati* (non oggettivamente idonei) a realizzare le condotte tipiche di cui all'art.

²⁸ Nel senso che l'arruolamento sia un “serio accordo” per la successiva commissione di atti di terrorismo, per es., Cass., sez. I, n. 40699 del 9.09.2015, *Elezi e altro*, in www.archiviopenale.it.

270-*sexies* cp. Si incrimina in ipotesi chi ancora non è terrorista, perché lo vuole diventare con atti preparatori diversi dalla mera manifestazione di volontà²⁹. Il principio di materialità non è violato, ma sono fatti espressivi di volontà e fini illeciti: è un diritto penale orientato all'autore pericoloso, alla costruzione del terrorista come macchina da guerra.

- c. Queste attività illecite vanno poi collegate con la possibilità *d'intercettazioni preventive* (art. 226 disp. att. cpp) e di *misure di prevenzione* in materia (art. 4, lett. d) d.lgs 6 settembre 2011, n. 159, cd. c. antimafia)³⁰, oltre che di *misure cautelari personali e reali*. A differenza delle misure di prevenzione utilizzabili nel settore della criminalità organizzata mafiosa (art. 4, lett. a) d.lgs n. 159/2011, che possono essere attuate in parallelo, anche a fronte di delitti consumati, nel caso di criminalità non mafiosa è stabilita un'alternatività tra misure di prevenzione e atti esecutivi, essendo quelle misure connesse ad "atti preparatori" obiettivamente rilevanti: non più di fronte a delitti consumati. Peraltro sono misure che si adattano a soggetti che se si accordano o si addestrano per atti preparatori che sono già delitto: dunque si applicano ben prima

Ovviamente tutte queste condotte, consentendo *indagini penali* (e *misure cautelari, o di prevenzione*) in presenza di *indizi* della sussistenza di quei fatti, possono orientare l'attività delle Procure verso *persone* che non hanno commesso *nessun fatto offensivo*, ma perseguono temute finalità illecite: *indizi di finalità*.

Ciò rappresenta, come anticipato, il perfetto rovesciamento della logica giurisdizionale penale in una logica di polizia di pubblica sicurezza. Che si arrivi a un

29 Questa logica si è in parte estesa al *diritto comune*. In materia di *armi da guerra ed esplosivi*, anche a prescindere dalle finalità di terrorismo, e da qualsiasi finalità che non risulti chiaramente già lecita, l'addestramento al loro uso o confezionamento, anche se anonimo o per via telematica, è delitto: art. 2-bis l. 2 ottobre 1967, n. 895, introdotto dall'art. 8, co. 5, del dl 27 luglio 2005, n. 155, conv. dalla l. 31 luglio 2005, n. 155. Non è qui punito il soggetto addestrato. Non essendo lecita la detenzione di quelle armi o esplosivi, può sembrare 'logica' la punibilità di atti preparatori alla loro detenzione, tuttavia deve esser chiaro che siamo nel quadro di *atti preparatori* di atti di detenzione illegale, cioè di atti che di per sé costituiscono già, tradizionalmente, il limite di condotte anticipate a un'offesa finale diverse da attentati, associazioni *et similia*. È quindi punita la preparazione teorica dell'esplosivo o della detenzione illegale e che non consista in detenzione a sua volta illecita di componenti.

30 V. l'ampio quadro descritto da L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova Univ. Press, 2012.

processo è del tutto irrilevante e secondario, se il tutto sarà servito a neutralizzare soggetti pericolosi.

- d. Dietro tutta questa facciata giurisdizionale non possiamo dimenticare che cosa c'è stato dal 2001 sino a oggi: fatti illegali organizzati dalle diverse ragioni di Stato, da *Guantánamo* ai *voli segreti della Cia* e alle forme di *extraordinary rendition*, e fatti legali come il sistema del *listing*, che ha costituito una misura penale-amministrativa di rilevante impatto sui diritti, rispetto a situazioni paradigmatiche di sospetto, slegate da specifiche condotte, e fortemente limitatrici dei diritti di libera circolazione, patrimoniali etc.
- e. Imprescindibile e ancipite in tutto ciò il *doppio ruolo dell'intelligence e dei servizi segreti*, sia per la funzione preventiva e d'informazione, sia per il supporto che hanno dato alle ulteriori e ben distinte forme di contrasto: quelle di lotta armata nelle *forme della guerra* e perfino di quelle *dell'eliminazione diretta dei rappresentanti più pericolosi* del terrorismo con strumenti di distruzione a distanza ma anche diretti *ad personam*, ad opera soprattutto degli Stati Uniti: condotte "di Stato" la cui qualificazione giuridica si colloca probabilmente nell'illecito, ma al di là della giurisdizione.

Il "volto pseudo-giurisdizionale" della soggettivizzazione di un'azione di contrasto vicina alle forme della polizia di pubblica sicurezza, non può dunque essere separato da quello extrapenale ed extragiurisdizionale: entrambi hanno composto insieme il quadro complessivo di una risposta alla quale hanno partecipato Stati e istituzioni, *nel rispettivo gioco dei ruoli, che appaiono confliggenti, quando forse sono invece del tutto convergenti, nella logica di chi paga il biglietto e chi no: della sicurezza o della giurisdizione, rispettivamente.*

6. La consapevolezza della necessità di una doppia risposta, giudiziaria e non, al terrorismo

Accanto alla magistratura che svolge funzioni di polizia, c'è però *il tipico momento giurisdizionale e garantista*, allorché le indagini arrivano di fronte a qualche controllo da parte di un *giudice terzo o da parte dello stesso pubblico ministero che si preoccupi delle deviazioni anticostituzionali di un sistema di guerra occulta.*

Certo il pregio della posizione appena commentata è quella di ribadire che la magistratura dovrà operare secondo le regole anche costituzionali dello Stato di diritto. Ecco perché, come nel caso *Abu Omar*, la risposta sarà giurisdizionale e non da "Stato

di polizia”, come ci avrebbero chiesto gli operatori dei servizi e d'*intelligence* americana operanti nel nostro Paese, e come ci avrebbe chiesto lo stesso Governo italiano.

Il caso Abu Omar riguarda il rapporto di convergenza tra la soluzione europea e quella americana rispetto al rifiuto del controllo giurisdizionale. Chi (per es. vari Stati europei, per parlar chiaro) adotta soluzioni fondate sulla delega a terzi del lavoro sporco di eliminazione dei nemici, contravviene a un principio che deve sorreggere la condotta degli Stati quando sono in gioco i diritti fondamentali (e nel diritto penale sono in gioco sempre): «*Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è compatibile con la pubblicità, sono ingiuste*»³¹. Lo contravviene se queste attività non sono palesabili neppure *ex post*, in quanto sicuramente *illecite*.

Che ciò sia poi riconosciuto a giochi fatti da una “sanzione simbolica” di un Tribunale supremo (la Corte Edu)³², poco cambia la realtà delle cose: ci siamo salvati l'anima

31 I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Königsberg, 1795), tr. it. *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, in I. Kant, *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1982, 210.

32 *La soluzione europea del caso è nella decisione della Corte Edu*, IV sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09) In primo luogo, i giudici di Strasburgo affermano che vi è stata una *violazione degli obblighi di natura sostanziale* che scaturiscono dagli artt. 3, 5 e 8 Cedu nei confronti dello stesso Abu Omar (all'anagrafe Osama Mustafa Nasr) e della moglie Nabila Ghali: le autorità italiane non solo erano, secondo la Corte, a conoscenza del piano dei servizi segreti americani per rapire l'imam - attraverso un'operazione tecnicamente qualificata come *extraordinary rendition* - al fine di consegnarlo alle autorità egiziane, dalle quali sarebbe stato poi interrogato e torturato; ma cooperarono altresì attivamente con i funzionari americani, quanto meno alla prima fase dell'operazione. D'altra parte, la Corte ravvisa nel caso di specie una *violazione dell'obbligo cd. procedurale a carico dello Stato di punire i responsabili di atti contrari all'art. 3 Cedu*. La Corte invero «rende omaggio al lavoro dei giudici nazionali che hanno fatto di tutto per tentare di stabilire la verità» (§ 265), e sottolinea come *le sentenze di merito e di cassazione sulla vicenda abbiano dato prova di una «fermezza esemplare», rifiutando di riconoscere qualsiasi scusante in favore degli imputati* (§ 267). I giudici europei non possono, tuttavia, che prendere atto che «*malgrado il lavoro degli investigatori e dei magistrati italiani, che ha permesso di identificare i responsabili e di pronunciare delle condanne nei loro confronti, le condanne medesime sono rimaste prive di effetto*» (§ 272), in ragione da un lato - per quanto riguarda gli agenti del Sismi italiano - della decisione del Governo, avallata da due successive sentenze della Corte costituzionale, di opporre il segreto di Stato su circostanze già ampiamente di dominio pubblico; e dell'altro del rifiuto da parte dello stesso Governo, tranne in un unico caso, di chiedere l'estradizione degli agenti americani condannati, nonché della stessa decisione del Presidente della Repubblica di ringraziare tre di tali agenti. Con l'effetto complessivo di *garantire l'impunità*

di giuristi, ma non abbiamo certo cambiato la politica reale.

Del resto anche su altri piani *alcune collaborazioni più virtuose, ma non giurisdizionali, non sono evitabili.*

Come ai tempi del caso Abu Omar c'erano i voli segreti della Cia, le *extraordinary renditions* e le *black lists*, e il Governo o i Governi sapevano, mentre la magistratura operava in parallelo secondo logiche giurisdizionali ritenute a livello politico modestamente efficaci, evidentemente, adesso sappiamo bene che *c'è un "biglietto da pagare" per la cooperazione internazionale.*

Esso consiste in *due percorsi*, che in realtà sono assai variegati: in primo luogo, lavorare su *fronti diversi da quello della magistratura*, del delitto consumato o di attentato, da un lato, e ovviamente non mi riferisco ai voli segreti e a campi di detenzione segreti, ma a cooperazione di polizia e *intelligence*, e anche molto a cultura politica, informazione e dialogo col mondo islamico nel suo complesso, diffusione dell'idea che un vero contrasto culturale al terrorismo è fondamentale, e in casi estremi l'intervento dell'esercito; e dall'altro, in secondo luogo, si tratta di operare sul *fronte interno* sempre con questi strumenti. *Ed è su tale fronte che il momento giurisdizionale mi pare più significativo*, anche in termini di contrasto al fenomeno³³.

I dati appena descritti ci avvicinano alla formulazione di *una domanda ormai urgente*: come possiamo pensare che non si debbano considerare avversari istituzionali, cioè avversari "delle istituzioni" anziché delle singole vittime umane potenziali, che-ancora-non-ci sono, e dunque antagonisti ideologici, anziché meri "criminali", i guerriglieri di Daesh? Come potremmo escludere soluzioni di tipo militare, del resto già in atto in altri territori³⁴? Ma anche soluzioni politiche e culturali *diverse* da quelle

per tutti i protagonisti di questa vicenda: in frontale contrasto con gli obblighi derivanti, appunto, dall'art. 3 Cedu. V. più ampiamente la scheda riassuntiva di M. Mariotti in www.penalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

³³ Un'illustrazione convergente con la linea di pensiero qui esposta si può trovare nello scritto di G. Salvi, *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America. Lo stravolgimento della legge conseguente alla scelta della war on terror è pericoloso e inefficace. Ed è esattamente lo scopo dei terroristi. Note in margine al caso Abu Omar. Una lezione italiana*, in *Limes*, 2007, 71 ss.

³⁴ Per un'analisi dei limiti entro i quali è possibile o meno una coesistenza di terrorismo e conflitto armato, ovvero quando il secondo escluda il primo, se il belligerante è legittimo cfr. T. Padovani, *Diritto*

giudiziarie? Solo perché gli attentati non si sono verificati a Roma o in Italia? È essenziale prendere coscienza della relatività della risposta giurisdizionale, ma ad un tempo della necessità che essa non si perverta perché è chiamata a svolgere *funzioni che non le sono proprie*.

In questo settore non è possibile ragionare secondo il modello della magistratura degli anni Settanta del secolo scorso come se si trattasse delle Brigate Rosse, che pure sono state sconfitte nella coscienza della sinistra (chi non ricorda i discorsi tolleranti sui “compagni cha sbagliano”?) e del Paese, e non solo dalla magistratura.

La doppia risposta, giurisdizionale e non, rappresenta *in realtà una risposta plurima, dai molti livelli*, ed è funzionale a una soluzione non deresponsabilizzata che *giova anche all'autonomia della giurisdizione*, al suo non coinvolgimento nella funzione di lotta di qualche nemico. Ogni altra risposta di tipo solo giurisdizionale è sbagliata, inefficace e inquinante.

Ciò *non significa che* la risposta sia nei droni, ma certo non è nelle sentenze penali, che costituiscono un piccolo tassello del mosaico delle soluzioni del fenomeno³⁵. Alcune tra le nuove norme, infatti, non mirano neppure a diventare sentenza, e dunque a essere davvero “giurisdizionalizzate”, ma a raggiungere assai prima il loro obiettivo di neutralizzazione dei soggetti pericolosi. Vediamole.

7. Il versante garantista, e meno garantista, della giurisdizione. Le oscillanti risposte della Corte di cassazione

La magistratura italiana ha interpretato complessivamente in senso garantista le nuove norme antiterrorismo introdotte nel 2001, nel 2005 e nel 2015, tutte dopo attentati clamorosi in altri Paesi. Ciò risente anche del clima di minor aggressione nazionale del fenomeno, come già detto. Ma esistono segnali preoccupanti di un intreccio potenzialmente esplosivo tra la struttura del codice del '30, le nuove regole e la loro gestione giurisprudenziale. Qualche esempio virtuoso e meno.

penale del nemico., cit., 309 ss. Ulteriori approfondimenti in R. Bartoli, *Lotta al terrorismo*, cit., 172 ss.

³⁵ Per un antidoto surreale a questa posizione si potrebbero rileggere alcuni interventi su *Repubblica* di Mario Pirani. Li ricorda opportunamente G. Salvi, *Op. loc. ult. cit.*

1. Al versante garantista appartengono le letture degli art. 270-bis e del 270-quater e –*quinquies* cp, che introducono l'*idoneità oggettiva "dentro" al dolo specifico*, esigendo che in tutti i casi nei quali è richiesta la finalità di terrorismo (art. 270-sexies) le condotte anche di arruolamento e di addestramento "possano realmente" "arrecare un grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale": interpretazione restrittiva, adottata comprensibilmente in un caso di contestazione di tale finalità a organizzazione no-Tav per delitti di attentato con finalità di terrorismo (art. 280 e 280-bis cp), ma anche in vari altri, e resa possibile da una certa lettura del principio di offensività o di come è descritta la finalità di terrorismo nell'art. 270-sexies³⁶. Non si tratta di lettura imposta, nel senso che *si potrebbe declinare diversamente il dolo specifico* nel sequestro di persona ex art. 630 cp (rispetto a chi sequestra persona nullatentente per errore, anziché un facoltoso imprenditore), nel falso in scrittura privata ex art. 485 cp, nell'associazione per delinquere ex art. 416 cp, o nell'art. 270-quater. Ci sono diversi beni in gioco, a seconda dei casi, e un'idoneità concreta rispetto a beni di macroscopica grandezza come un Paese o una organizzazione internazionale possono depotenziare molto la forza incisiva di un'incriminazione, oppure servire semplicemente a escludere davvero fatti modesti.

2. Nello stesso tempo, abbiamo avuto sentenze della Suprema Corte che hanno accresciuto la valenza offensiva del delitto di arruolamento (art. 270-quater, cp), considerandolo un *serio accordo per la commissione di atti di violenza o di sabotaggio con finalità di terrorismo*: non certo l'ingresso in un'entità prodromica che, non potrebbe essere già partecipazione interna nell'art. 270-bis (che l'art. 270-quater esclude), ma neppure una semplice e inafferrabile tappa intermedia verso l'entrata nell'associazione. Piuttosto, un *autonomo ingaggio* verso l'esecuzione di atti che di per sé dovrebbero poi condurre all'entrata nell'associazione³⁷. La fattispecie sarà integrata ove l'accordo risulti qualificato dalla "doppia finalità" prevista dalla norma incriminatrice, cioè il compimento di atti di violenza o sabotaggio con finalità di terrorismo. Rispetto a en-

36 V. esemplarmente Cass., sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, in DPC 30 giugno 2014, con nota di S. Zirulia, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*; Cass., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670. Per un'illustrazione dell'indirizzo v. F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 227 ss., 331 ss.

37 Indirizzo inaugurato da Cass., Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 29670, Garuan, in *Cass. Pen.*, 2012, 897 ss., con nota di Valsecchi, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*.

trambe queste finalità compresenti è poi richiesta una *specificità idoneità oggettiva dell'accordo a realizzarle*³⁸, come se si trattasse (secondo alcune sentenze) di un tentativo di realizzare quei delitti-scopo e quello scopo ultimo di terrorismo. Ognuno vede che qui, a differenza della maggior parte delle fattispecie a dolo specifico – che sono *centinaia* nel sistema penale – viene introdotta una idoneità che non è dato riscontrare altrove ... e che non può essere *uguale* a quella del tentativo nelle diversissime fattispecie che contemplano questa forma di dolo e di modalità oggettiva dell'agire orientato a scopi eccentrici. Altrimenti un evento di pericolo esterno alla fattispecie (come è nel dolo specifico, che non è richiesto si realizzi), viene inserita al suo interno: ciò che è consentito fare solo *quando il fatto senza dolo specifico risulti inoffensivo*: e nei limiti in cui tale operazione è costituzionalmente conforme essa deve essere sostenuta come doverosa. Peraltro sul piano dell'univocità oggettiva le cose potranno essere diverse. Così come l'idoneità dei delitti di attentato non può avere *l'univocità oggettiva* del tentativo³⁹.

3. Fa tuttavia da contraltare a questa lettura in termini di offensività, un contemporaneo e *recente orientamento del tutto contrapposto* in materia di *applicabilità del delitto tentato (art. 56 cp) alla medesima fattispecie*: una condotta di accordo anticipato rispetto a delitti di attentato risulterebbe perciò suscettibile a sua volta di realizzazione tentata⁴⁰. Ognuno vede come qui si ritorni dal diritto penale del fatto al

38 Per un'ampia illustrazione di questo indirizzo maggioritario anche in dottrina, v. F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 33 ss., con altri ragguagli.

39 *Amplius* M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, 1999, § 23. Esistono indirizzi che tendono a "livellare" tentativo e attentato sempre, ma è chiaro che le singole fattispecie di attentato, situandosi in stadi più anticipati di realizzazione (altrimenti neanche avrebbe senso prevederli per attendere fasi troppo più avanzate di realizzazione), dovranno essere ricostruite con l'intelligenza della situazione tipica di ciascuna di esse. V. pure, sui limiti di *riserva di legge* nell'applicazione dell'offensività come principio anche costituzionale, Id., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it, Riv. trim., n. 4/2013, 4 ss., spec. 41 ss. Con particolare riferimento alla problematicità di gestire il requisito dell'idoneità offensiva in fattispecie come quelle di attentato o dove lo sfondo dei beni protetti è di macroscopico livello, con ricaduta significativa sulla discrezionalità ermeneutica del giudice, v. le realistiche considerazioni di M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, 334 ss.

40 Così, Cass. Sez. I, 9 settembre 2015 (ud. 9 settembre 2015), Elezi, in www.archiviopenale.it. V. sul punto il commento di S. Colaiocco, *L'arruolamento per finalità di terrorismo*, *Questioni aperte*, fasci-

diritto penale d'autore. Un accordo d'ingaggio sembrava una condotta di pericolo già molto anticipata, ma non basterebbe. Anche gli atti idonei e univocamente diretti a quell'ingaggio sarebbero già punibili per chi arruola. Nella parte generale del codice Rocco l'art. 115 cp è un limite al delitto tentato oltre che al concorso di persone. Nella parte speciale c'è la cospirazione politica mediante accordo (art. 304), oltre all'istigazione ai delitti "di attentato" o di "associazione" contro lo Stato (art. 302 cp, rinnovato anche nel 2015). Ma punire il tentativo d'ingaggio monosoggettivo non è venuto in mente neppure al legislatore fascista della parte speciale del codice, che riprendeva tra i delitti contro lo Stato quelli introdotti nel 1926 dalle cd leggi fascistissime, insieme al Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Non c'erano delitti-accordo, ma attentati di cui era punibile l'accordo. Infatti, esistono l'istigazione e l'accordo con altri per commettere delitti contro lo Stato (i citati art. 302 e 304 cp) *che non siano (perché non erano) essi stessi di istigazione o di accordo rispettivamente*⁴¹. Tra questi delitti-scopo compare oggi anche l'art. 270-*quater*, che se è delitto di accordo (come viene inteso) non può ammettere un ulteriore e anticipato accordo. Tuttavia si potrebbe ammettere un'istigazione a terzi: l'istigazione dell'arruolato come rilevante *ex art. 302 cp*, anche se telematica o informatica, per commettere atti di violenza o di sabotaggio. Siamo già oltre il codice Rocco e le leggi del 1926. Aggiungervi *il tentativo* quando è punibile l'istigazione appare superfluo, perché *l'istigazione è meno di un tentativo*, ma è segno indubbio di una magistratura giudicante che ormai è entrata nel diritto penale di lotta, perché il tentativo è condotta non necessariamente istigatoria e tuttavia opera su fattispecie prodromica all'ingaggio. Avevamo gli accordi di attentato nel 1930, ora anche il tentativo di accordo. Ma in realtà, abbiamo *ex lege* (art. 302 cp e 270-*quinquies* cp) l'istigazione all'accordo. Dunque pura anticipazione di due livelli di condotte preparatorie (istigazione e ingaggio) ad atti di violenza o di sabotaggio.

4. Anche rispetto al *reato associativo*, sempre a rischio di essere anticipato al mero accordo, e reso particolarmente inafferrabile nel terrorismo di matrice islamica per la

colo n. 1 gennaio/aprile 2016, consultato on-line www.archiviopenale.it.

41 La cospirazione mediante accordo per un delitto a sua volta di accordo non è ammissibile. Ma l'istigazione a un delitto di accordo sì. Essendo l'istigazione *meno di, o comunque non identica a, un tentativo*, ognuno comprende quanto la situazione sia problematica. Usiamo istituti del diritto penale del fatto per situazioni che si aggirano sui sentieri del diritto penale d'autore.

destrutturazione in cellule del suo operare⁴², le delimitazioni in termini di offensività costruite sull'idoneità lesiva richiesta per l'applicazione del dolo specifico di terrorismo, sono in parte neutralizzate da quegli orientamenti che prospettano la legittima persecuzione penale dei soggetti che abbiano *uno scopo terroristico soltanto* “mediato”⁴³: in quanto inseriti in una *struttura meramente logistica* di dislocazione, *senza consapevolezza degli scopi* che verranno successivamente indicati. Può così accadere, attraverso la “teoria degli scopi mediati”, che soggetti i quali si sono resi disponibili per singole attività (per es. di falsificazione di documenti), senza nulla sapere del contesto di riferimento di un'associazione superiore o distinta, vengano ritenuti associati in via mediata. E ancor prima, si capisce, indagati e imputati per tale inserimento indiretto in un contesto dal quale la *cellula territoriale dedicata ad attività logistiche*, pare ancora distante: come se il concorso in reati-mezzo, rispetto all'inserimento nell'associazione, valesse già come partecipazione interna. Ma qual è l'associazione tipica, che neppure il giudicante (come l'associato) deve avere identificato e di cui il partecipe “mediato” non può conoscere gli scopi specifici sul territorio dove opera?

5. Lo stesso inserimento del requisito legale di “*comportamenti univocamente finalizzati*” alle attività con finalità terroristiche per punire l'auto-addestramento del cd. lupo solitario (nuovo art. 270-*quinquies* dopo riforma del dl n. 7 del 2015), *sembra limitare* correttamente la fattispecie a un principio di materialità, altrimenti assente nell'auto-addestramento informativo⁴⁴. Però *univocamente finalizzati non signi-*

42 Sulle caratteristiche d'inafferrabilità delle associazioni terroristiche di matrice islamica, da Al Qaeda in poi, v. R. Guolo, *Jihad e violenza sacra*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, cit., 1 ss.; E. Rosi, *Terrorismo internazionale: le recenti soluzioni della giurisprudenza di legittimità alla ricerca di un bilanciamento tra esigenze di anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 455 ss.; A. Spataro, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nella esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, cit., 163 ss.; G. Salvi, *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America*, cit.; M. Pelissero, *Delitti di terrorismo*, in M. Pelissero, a cura di, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, 188 ss., e più ampiamente, anche con riferimento a Isis, il quadro ora tracciato da F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 66 ss., 172 ss., 248 ss., 405 ss.

43 Utile discussione in F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 273 ss.

44 Su tale riforma v. A. Valsecchi, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in Aa.Vv., *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, a cura di R. Kostoris, F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2016,

fica oggettivamente idonei. E la sua pena, come peraltro anche quella del semplice addestrato “vero” e dell’addestratore che non abbiano compiuto quei comportamenti finalizzati univocamente, è la stessa del partecipe interno: da cinque a dieci anni di reclusione. Un’equiparazione sanzionatoria che dimostra il livellamento punitivo di associato, addestratore, addestrato e auto-addestrato esterno indipendente. Con il che si evidenzia *la rottura del valore tipizzante del vincolo associativo*, dell’*affectio societatis*, come già nella lotta alla mafia (concorso esterno). Infatti, se non ci fossero queste tipizzazioni di parte speciale, forse a qualcuno verrebbe in mente di applicare comunque una nuova ipotesi di concorso esterno⁴⁵: dove non sarebbe la condotta tipica, ma la finalità a rilevare. Purché si trovi una condotta finalizzata, anche quella “aperta” del concorso esterno, l’azione verrebbe attratta nella fattispecie: ma qui, per arruolatore e arruolato, addestratore e addestrato, non è richiesta la prova di un contributo alla vita o all’organizzazione, che magari non è per nulla afferrabile⁴⁶. Ecco perché servono

3 ss.; F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 339 ss.; R. Wenin, *L’addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal dl 7/2015*, in DPC, 3 aprile 2015. Molto critico A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al dl. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in DPC, Riv. trimestrale n. 2/2015, 232, per il quale «La norma in questione consente, dunque, di punire qualunque atto, sia pur lontanamente preparatorio, se sorretto dalla finalità soggettiva di compiere condotte con finalità di terrorismo. In termini concreti, sarà sufficiente, ad esempio, informarsi sul tipo di cesoie occorrenti per tagliare fili elettrici – pensando ad un futuro sabotaggio di servizi pubblici essenziali con la finalità di costringere un pubblico potere ad omettere qualcosa – e poi uscire di casa per andare ad acquistarle. Oppure, basterà informarsi su “wikipedia.it” sui precursori di esplosivi e stampare le istruzioni acquisite: è un “comportamento finalizzato” anche quello”.

45 Per una critica all’uso del concorso esterno per costruire nuove forme di associato che la parte speciale dei reati associativi non prevede e che dunque il codice non può autorizzare la giurisprudenza a costruire senza una previsione legale corrispondente alle forme tipizzate (sarebbe come punire il finanziatore o l’addestrato indipendente di un’associazione per delinquere, senza che tale forma autonoma sia prevista nell’art. 416 cp), v. M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in corso di stampa in Riv. it. dir. proc. pen., 2016; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in DPC, 6 giugno 2016, 18 ss., (§§ 10-13). Sulla scarsa tenuta dell’istituto (pure riconosciuto dalla Corte di cassazione) rispetto a un fenomeno associativo “cellulare” come quello del terrorismo di matrice islamica, E. Rosi, *Terrorismo internazionale: le recenti soluzioni della giurisprudenza*, cit., 462.

46 V. gli AA. cit. retro a nota 42. V. anche la ricostruzione delle attuali gestioni dei delitti contro la

particolarmente fattispecie autonome, funzionali del resto a tipologie associative di incerta struttura organizzativa.

6. La rottura del ruolo tipizzante del vincolo associativo è del resto già presente nella stessa declinazione della fattispecie dell'associazione per delinquere di tipo mafioso, secondo quella giurisprudenza che attrae dentro all'associazione *chiunque abbia la disponibilità ad assumere un ruolo* nella stessa⁴⁷: tipologie di “messa a disposizione” che oscillano tra la partecipazione interna e il concorso esterno. Sono forme ermeneutiche di lotta al crimine organizzato che possono facilmente conoscere migrazioni applicative. Si tratta di vedere, sotto le formule, quali fatti vi rientrino, diversi da una connotazione soggettivamente pregnante.

Per carità, conosciamo il principio *non* costituzionale *salus rei publicae suprema lex*, però noi siamo distanti da scenari siriani, afgani, iracheni, libici, egiziani, e per fortuna finora anche da scenari americani, francesi o belgi. Questa è dunque la legge di un diritto penale di polizia, dove il fatto è espressione dell'autore. E la magistratura ne interpreta i percorsi per prevenire la consumazione di stragi e attentati. L'abbiamo camuffato da diritto penale del fatto, ma siamo già oltre i suoi confini.

8. The right answer di fronte al diritto di eccezione e la posizione del terrorismo nel diritto penale della sicurezza

Poiché riteniamo di non essere immuni dal rischio di attacchi terroristici, di fronte alla prospettiva di norme di eccezione (siano esse di previsione legislativa o di formazione giurisprudenziale)⁴⁸ che *già sono presenti* nel nostro sistema, non ci sentiamo di accogliere *nessuna delle tre posizioni principali che negano la stessa possibilità*

personalità dello Stato compiuta da T. Padovani, *Diritto penale del nemico*, cit., 275 ss.: «preoccupante deriva estensiva» (*ivi*, p. 283) è il giudizio sulla definizione di finalità di terrorismo.

47 Ampiamente, sul punto, A. Cavaliere, *Associazione per delinquere*, in Aa.Vv., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 298 ss.; Id., *Associazione di tipo mafioso*, *ivi*, 424 ss.

48 Seguo qui il paradigma della distinzione tra disposizione e norma più volte illustrato, da ultimo in *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 6 ss. (§ 4 ss.).

*dell'eccezione*⁴⁹: quella dei *puristi del garantismo*, che sostengono che ogni eccezione sarebbe eccezione ai principi inderogabili, quando ciò è sconfessato dallo stesso principio di uguaglianza che impone il trattamento differenziato di situazioni distinte; quella degli *equilibrati del chiaroscuro*, che bilanciano così bene ogni principio, da ammettere sempre possibili deroghe allo stesso 'nucleo' dei principi, così inevitabilmente annacquati da vedere svanire la loro forza superiore cogente: qui, essendo tutto derogabile, le stesse eccezioni non esistono più; quella infine dei *sacerdoti del Leviatano*, dei seguaci di Carl Schmitt, che vedono un primato assoluto della politica sul diritto e sulla giurisdizione, e come tali sostengono che sovrano è chi decide lo stato di eccezione, al punto che il diritto dovrebbe sempre cedere al potere politico che lo sovrasta e lo piega a ogni scopo contingente.

Rifiutato l'estremismo di tutte e tre queste posizioni, che nella loro essenza negano l'eccezione, vuoi perché la escludono sempre, vuoi perché la legittimano sempre, sembrerebbe rimanere l'unica soluzione trasparente e corretta⁵⁰, quella prevista dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), che in tempi di emergenza prevede deroghe – peraltro *temporanee* – ad alcuni principi della Convenzione, ma non al nucleo di alcuni divieti o valori, come la vita umana, il divieto di tortura, il principio di legalità penale e il divieto di retroattività. In questo senso, la previsione di una norma costituzionale nazionale sulle condizioni e i limiti temporali di stati di eccezione, o una disciplina sovralegislativa degli atti preparatori, delle forme associative e delle figure di parte generale ad esse applicabili, sarebbe sicuramente un elemento di chiarezza⁵¹.

La nostra storia legislativa ha dimostrato che *tutte le deroghe temporanee da noi rischiano di diventare definitive*: e forse proprio per questo una previsione costituzionale dei limiti temporali potrebbe contribuire a razionalizzare la disciplina,

49 Riprendo in sintesi una tripartizione tratteggiata in M. Donini, *Diritto penale di lotta*, cit., 80 ss. e qui alcuni rinvii.

50 Esattamente F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo*, cit., 674. Una discussione analitica della possibilità di disciplinare a livello costituzionale tali ipotesi è ora approfondita da R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Le regole dell'eccezione*, cit., 169 ss., che distingue tra eccezione assoluta (a due), e una preferibile eccezione relativa (a tre), con una norma superiore che stabilisce comunque limiti inderogabili; v. già Id., *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 179 ss.

51 È quanto abbiamo prospettato in *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 774.

anziché a stratificare nel sistema tanti microsettori di eccezione, mascherati come regole speciali.

In mancanza di ciò, la soluzione politica più auspicabile, in assenza di eventi che evocino un intervento militare, è di non inserire vere eccezioni temporanee ad alcuni diritti fondamentali (escluse comunque le eccezioni al loro nucleo), ma lasciare gestire dalla magistratura i profili di attuazione legislativa differenziata di principi e regole comuni peraltro già operanti – le norme speciali ritenute compatibili col sistema dei principi altro non sono che regole “differenziate” in nome dell’eguaglianza formale, cioè del trattamento diversificato di situazioni differenti –, nella declinazione dei principi dentro alle norme ordinarie costituzionalmente conformi. Regole “speciali” non di eccezione dunque, piuttosto che eccezioni temporanee non più modificate, o non disciplinate a livello costituzionale.

Ma sono queste distinzioni che tengono veramente? Concettualmente sì, anche se nella prassi esse si prestano a distinzioni *fuzzy* che rischiano di far sembrare debole o compromissorio l’impianto ricostruttivo.

Insuperabili nel nucleo restano a mio avviso anche i limiti del diritto penale del fatto e non dell’autore (art. 25 cpv. Cost.), della finalità rieducativa-risocializzante, e dunque in linea di principio mai definitivamente escludente, della pena (art. 27, co. 3, Cost.), e la terzietà e imparzialità del giudice (art. 101 e 111 Cost.).

Però abbiamo varie discipline vigenti che si collocano ai limiti di questi principi.

Tutte le deroghe implicite nelle interpretazioni di cui ai punti da c) a f) del § precedente, per es., che si orientano al diritto penale d’autore, devono essere rilette in modo costituzionalmente conforme o dichiarate illegittime.

Tutto ciò rimette in gioco la giurisdizione come ultimo baluardo o debolezza di sistema.

Infatti, come già detto: la giurisdizione è il luogo dove il soggetto giudicante non sta da una parte processuale, ma sta dalla parte dei diritti fondamentali. Di entrambi i soggetti, vittima e autore, Stato e imputato. *Lo Stato non s’identifica col diritto, ma il diritto regola lo Stato come regola la condotta del cittadino o la condizione giuridica dell’imputato.*

La magistratura, tuttavia, non lavora solo con sillogismi puri senza previa interpretazione, e pertanto dovrà operare *bilanciamenti*, operazioni come tali non predefinite in una regola rigida, ma modulabili sulle diverse situazioni, e consentite

dall'elasticità di numerose norme di parte generale e speciale⁵². In quest'opera di concretizzazione interpretativa, *non è consentito modificare le disposizioni* in nuove norme che le “riscrivano” direttamente⁵³, ma solo adattare le disposizioni alle situazioni concrete, *nel segno non della trasformazione dei tipi, dunque, ma della loro mera concretizzazione sui casi*: per es. quali sono le forme di associazione interna e quali gli accordi del semplice arruolato, quali tipologie di fatti integrano il “grave danno” che l'azione terroristica ha di mira, quale lesività oggettiva (tipologie di pericolo) è richiesta per le singole incriminazioni, quale la *ratio* tipizzante il dolo specifico rispetto alla direzione oggettiva degli atti tipici dei delitti di attentato etc. Il tutto nel quadro di una applicazione costituzionalizzante: tassatività, offensività, colpevolezza, responsabilità personale, eguaglianza/differenziazione, *extrema ratio*, funzione risocializzante, dignità umana etc. Bisogna ricordarli questi principi, perché non sono mai scontati.

Affidare alla *magistratura* troppe risposte ne segna inevitabilmente il destino di sovraesposizione istituzionale, funzionale all'assenza di scelte da parte del potere legislativo. Il suo successo, in questo contesto, rischia come sempre di essere direttamente proporzionale alla debolezza della politica. E dunque la sua funzione minaccia di non essere strettamente giurisdizionale, a causa di quella debolezza. La via d'uscita da questo rischioso cortocircuito è data anche da una chiara delimitazione dei compiti della politica e della giurisdizione: *il doppio binario* di cui abbiamo parlato. Ma a condizione, anche qui, che il livello politico si mantenga nei limiti di un'attività il più possibile compatibile con la pubblicità degli interventi, *ex ante* o (in caso di misure di *intelligence* o di accordi internazionali e di cooperazione giudiziaria) almeno *ex post*, e dunque con la “normale” possibilità delle verifiche anche giurisdizionali proprie dello Stato di diritto.

52 Per una consapevolezza ermeneutica adeguata a tale compito si consenta di rinviare al quadro tracciato in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 1 ss.

53 Per una dettagliata casistica generale, anche se non sul modello dei reati di terrorismo, M. Donini, *Op.ult.cit.* Specificamente sul nostro tema, per una critica alla tesi del “rimodellamento” dei reati di associazione terroristica (tesi sostenuta, per es., da M. Laudi, *Reato associativo e terrorismo: un ruolo importante per il nuovo art. 270-bis cp*, in *Studi in onore di M. Gallo*, Giappichelli, Torino, 2004, 519 ss., 532), v. le osservazioni critiche di F. Fasani, *Terrorismo islamico*, cit., 395 ss. Decisivo diventa, al riguardo *un dibattito concreto sui casi*, compito che non possiamo ora affrontare nei limiti di questo intervento, ma che ci ripromettiamo di approfondire prossimamente.

Quanto al *legislatore nazionale*, abbiamo visto da tempo che non sta adottando una politica penale nazionale: le principali riforme introdotte nel 2001, nel 2005 e nel 2015 sono largamente condizionate da eventi, convenzioni o accordi internazionali, anche se appaiono in parte differenziate in contesto europeo⁵⁴. Il tema della sicurezza, in quest'ambito, non è gestito dal Parlamento, ma eterodiretto. L'ossessione e le ragioni della sicurezza come orizzonte totalizzante del diritto penale ci portano progressivamente, senza averlo disegnato in anticipo, al prodotto collettivo di una legislazione pre-orwelliana, dalle misure di prevenzione a quelle penali, agli interventi sul controllo dei dati informatici. Chi avverte il pericolo per la *salus rei publicae* è probabilmente disposto a pagare questo prezzo, che appare molto "democratico". Compito del giurista è di sorvegliare *la tutela dei diritti fondamentali dalla stessa democrazia penale e dalle politiche internazionali*. Fino a oggi non ci siamo riusciti bene, ma abbiamo l'illusione di avere circoscritto le violazioni o le criticità a qualche settore dove regnano il terrore e la violenza. Che tuttavia non sia così lo dimostra l'arretramento dell'intervento penale a situazioni di modesto pericolo ancor più anticipato e per fatti non dolosi, ma solo potenzialmente pericolosi, *in tutti gli ambiti delle politiche di sicurezza*⁵⁵. Il reato di pericolo, spesso solo presunto e talvolta meno che presunto, è la forma d'incriminazione più diffusa nel sistema.

Da questo punto di vista la *disciplina* del terrorismo non pare una vera eccezione allo spirito del tempo, mentre è conclamata la sua pericolosità come *fenomeno* attuale, e non potenziale, a differenza di altri ambiti della politica criminale e penale.

54 Cfr. le opere di F. Galli, M. Zöller, M. Cancio Meliá, Di Stasio cit. *retro* a nota 23.

55 Ambiti vastissimi. Sia consentito al riguardo rinviare agli atti del Convegno internazionale sul tema *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bup, Bologna, 2009.

Il ruolo dell'avvocatura nella lotta al terrorismo

di **Francesco Caia**

È con una certa emozione che prendo la parola su una tematica così drammaticamente attuale e sento su di me la responsabilità di trattarla rappresentando, in questo consesso, l'avvocatura ed il ruolo dell'*Advocatus*, di colui cioè che è chiamato a difendere i diritti delle persone.

Nel nostro ordinamento democratico sappiamo tutti che il recinto del diritto alla difesa, scolpito dall'art. 24 della Costituzione, è sacro ed inviolabile, costituendo proprio questa intangibilità uno dei pilastri fondanti della Democrazia.

E, non a caso, è proprio questo principio (anche se variamente declinato) proprio di tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati che possono dirsi autenticamente democratici e rispettosi del principio di legalità, ad essere messo in crisi, come storicamente dimostrato, dal terrorismo. Ed è probabilmente proprio l'attacco a questo principio uno degli obiettivi del terrorismo, di matrice politica, negli ultimi decenni del secolo scorso, ed internazionale di matrice islamica nel drammatico momento storico che stiamo vivendo.

L'introduzione di legislazioni di emergenza che prevedono la compressione delle garanzie di difesa e delle norme tese alla salvaguardia dei diritti delle persone sospettate di aver commesso un reato, fin dal momento del fermo di polizia, sono la risposta che viene data alle opinioni pubbliche spaventate, per non dire terrorizzate, da una violenza che proviene da una mano invisibile e che, pertanto, viene percepita come ancora più pericolosa.

Come abbiamo vissuto anche in Italia nella stagione dei cosiddetti anni di piombo, si ingenera una paura sociale, il timore di uscire e frequentare luoghi affollati, ed occorre quindi rassicurare l'opinione pubblica con misure di emergenza, leggi straordinarie

che concedono agli apparati di sicurezza maggiori poteri che finiscono però, inevitabilmente, per comprimere gli spazi di libertà dell'intera cittadinanza.

Negli ultimi anni e soprattutto dagli attentati alle torri gemelle del settembre 2001 in poi, come tutti sappiamo, il fenomeno terroristico, e principalmente quello che definiamo di matrice jhadista o islamista ha assunto una valenza globale, colpendo in pratica tutti i continenti, escluso solo l'America latina. La spregiudicatezza e spettacolarizzazione delle azioni terroristiche, giunte lo scorso anno ad atti di incredibile violenza, anche simbolica come nel caso di *Charlie Hebdo*, e nei casi degli attentati al Bardo ed alla spiaggia di Sousse in Tunisia, negli attacchi al cuore di Parigi del 13 novembre del 2015, hanno spinto i Governi degli Stati colpiti a proclamare lo stato di emergenza ed il coprifuoco, addirittura a Bruxelles, la città che ospita le Istituzioni europee.

Di fronte a tutto ciò, occorre chiedersi cosa possono fare gli avvocati e quale ruolo possono rivestire nel contrasto al terrorismo.

La risposta apparentemente può sembrare difficile, ma se si guarda alle battaglie dell'avvocatura italiana dal secondo dopoguerra in poi, ed in particolare di quella penale, che si è sempre battuta contro le legislazioni di emergenza che comprimono le libertà individuali, la risposta è già delineata: gli avvocati devono difendere NEL processo gli accusati anche dei crimini più orrendi, in quanto anche per costoro vale la presunzione di innocenza, ma non devono mai rinunciare ad intervenire FUORI dal processo, nel dibattito pubblico, in tutte le sedi per chiedere con forza che le società democratiche non rinuncino ai principi fondanti della civiltà giuridica, al principio di legalità, al giusto processo, alle garanzie delle persone arrestate e fermate anche se accusate di atti di terrorismo.

L'avvocatura italiana non ha mai cessato di far sentire la propria voce ed ha pagato anch'essa un prezzo altissimo, si pensi all'esemplare sacrificio di Fulvio Croce, presidente dell'Ordine degli avvocati di Torino, come tutti sapete barbaramente assassinato dai terroristi per avere, in scrupoloso adempimento del proprio dovere istituzionale, sostituito i colleghi nominati difensori di ufficio dei terroristi e minacciati proprio da questi ultimi che rifiutavano il processo dinanzi agli organi della magistratura italiana e, quindi, l'esistenza stessa dell'ordinamento democratico.

Venendo all'oggi, quante Guantanamo dovremo aspettarci in Europa?

La triste esperienza americana di rinchiudere veri e/o presunti terroristi in un "non luogo", situato al di fuori dei confini dagli Stati Uniti ed al di fuori dall'ambito di appli-

cazione della Costituzione americana non ha certo prodotto la sconfitta del terrorismo internazionale.

Del resto, è inaccettabile che, in nome della lotta al terrorismo, si proceda al bombardamento di interi Stati, finora l'Irak, la Siria e adesso la Libia.

Sappiamo bene che anche il nostro Paese non è stato e non è immune da azioni compiute al di fuori della legalità, in nome della lotta al terrorismo.

Paradigmatica la recentissima sentenza della IV Sezione della Corte Edu Nasri Eghali//Italia del 23 febbraio 2016 (il cd. Caso Abu Omar) con la quale l'Italia è stata condannata per la violazione, a carico dell'*imam* egiziano, del suo diritto a non subire tortura e maltrattamenti, di quello alla libertà e alla sicurezza, nonché del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Si ricorderà che Abu Omar, sospettato di intrattenere legami con ambienti terroristici, era stato vittima di un'operazione di *extraordinary rendition*, che si era realizzata con il suo rapimento da parte di agenti della Cia e con il suo successivo trasferimento in Egitto, dove l'*imam*, imprigionato senza accusa e senza aver subito un regolare processo, aveva subito torture e sevizie di vario genere.

Non è utile, né è possibile qui, ripercorrere tutte le tappe del complesso *iter* giudiziario relative al sequestro dell'*imam*. Quello che importa rilevare in questa sede sono le conclusioni cui è giunta la Corte, per cui il nostro Paese è stato ritenuto responsabile della violazione dell'art. 3 della Convenzione, secondo il quale «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti». In proposito, la sentenza ha sottolineato che l'Italia doveva «essere considerata direttamente responsabile della violazione» dei diritti umani di Abu Omar perché, anche se non era stato il Paese che aveva praticato le torture, i suoi funzionari non avevano «impedito questa situazione» adottando le misure che sarebbero state necessarie; responsabilità resa più grave dalla circostanza che, in quel momento, Abu Omar godeva dello *status* di rifugiato politico.

Con riferimento poi all'art. 5 Cedu, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, il rapimento e la detenzione dell'*imam* sono stati ritenuti dai giudici di Strasburgo contrari ad ogni normativa nazionale o internazionale, come pienamente provato dalle sentenze italiane.

Sul piano della tutela dei rapporti familiari, la Corte ha inoltre ritenuto che ci fosse anche la violazione dell'art. 8 della Convenzione, in quanto il sequestro subito ha co-

stretto Abu Omar alla separazione forzata dalla moglie, nonché al suo completo isolamento, in condizioni lesive della sua libertà e dignità.

Ma l'aspetto, se si vuole, più eclatante della sentenza è rappresentato dall'accertata violazione degli obblighi positivi di natura procedurale scaturenti dall'art. 3 della Convenzione. In particolare, la sentenza ha sanzionato l'abuso del ricorso al segreto di Stato, utilizzato dal Governo italiano al fine di assicurare che i responsabili per il rapimento, la detenzione illegale e i maltrattamenti subiti da Abu Omar «*non dovessero rispondere delle loro azioni*».

Il ragionamento della Corte è stato giudicato particolarmente interessante dai più autorevoli commentatori per diversi motivi:

- la Corte ha ribadito che l'obbligo procedurale discendente dall'art. 3 Cedu non è assolto dalle pur approfondite indagini e dalle giuste condanne, ma comprende anche la loro effettiva esecuzione. Se l'effettiva esecuzione delle pene viene impedita dalle autorità statali, ciò comporta una violazione dell'obbligo in questione;
- la Corte ha sostenuto la corresponsabilità nelle violazioni suddette di ben tre poteri dello Stato italiano: il Governo, rimasto inerte nel richiedere le estradizioni, attivatosi invece per utilizzare impropriamente il segreto di Stato; la Corte costituzionale che ha ritenuto legittimo tale utilizzo per ben due volte e, infine, il Presidente della Repubblica che ha contribuito a sottrarre alla pena persone responsabili di torture, pronunciando nei loro confronti un provvedimento di grazia.

In altri termini, non solo il potere esecutivo ha violato la Cedu, ma lo hanno fatto anche il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale.

In definitiva, la sentenza ribadisce l'assoluta precedenza che deve essere assegnata alla tutela dei diritti umani, nel bilanciamento degli opposti interessi, in questo caso quello della sicurezza, precisando come neppure il contrasto al terrorismo possa legittimare la compressione della tutela dei diritti umani.

Volgendo lo sguardo all'Europa nel suo complesso e nell'ambito Mediterraneo il quadro è desolante.

Per quanto riguarda l'Italia, abbiamo detto del caso di Abu Omar e registriamo adesso il terribile omicidio in Egitto del giovane Regeni, che getta più di un'ombra inquietante su di un Paese che ha forti legami, anche economici, col nostro.

Conosciamo le difficoltà dell'esercizio del diritto di difesa in Turchia e riteniamo inaccettabile il prezzo pagato da alcuni colleghi per aver svolto con coerenza la propria professione.

Quando si arriva a negare il diritto alla difesa nel processo, quando l'avvocato viene ritenuto un nemico da neutralizzare, allora vuol dire che vi è la negazione della democrazia stessa e l'affermazione del potere assoluto e dispotico. Pertanto, dobbiamo indignarci del fatto che molti colleghi turchi siano stati arrestati in questi ultimi anni solo per aver compiuto il proprio dovere. Gli avvocati italiani condividono la battaglia che i colleghi turchi stanno conducendo per assicurare il rispetto dei principi dell'indipendenza della giurisdizione in un Paese sempre più drammaticamente colpito dalla censura e dalla violenza contro chi dissente. Questi principi sono stati fortemente messi in discussione anche grazie a disposizioni normative che negano la portata del diritto di difesa degli imputati nei processi penali.

Pensiamo ad esempio alla valenza delle dichiarazioni del "testimone segreto" nell'ordinamento turco, la cui credibilità non potrà mai essere messa alla prova, in quanto non potrà mai essere contro-interrogato dalle parti e dai suoi difensori.

La previsione all'interno di quell'ordinamento giuridico della figura del testimone segreto è in aperta violazione ai principi che ho richiamato in precedenza e che si ritrovano in tutte le carte internazionali: dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, al Patto per i diritti civili e politici di New York.

In Turchia le dichiarazioni dei testi segreti da sole non bastano per pronunciare una condanna, ma esse costituiscono sempre il fondamento dell'accusa.

Il reato di associazione terroristica di cui si è accusati dal testimone segreto, di cui neanche il giudice conosce l'identità, si ritiene provato quando sussistano presunti elementi di riscontro. Nel caso dell'arresto degli avvocati turchi, tali elementi sono stati individuati ad esempio nella partecipazione ai funerali dei propri assistiti, vittime di scontri; oppure nelle proteste fatte per denunciare le pessime condizioni di salute dei propri assistiti detenuti, o addirittura per il solo fatto di comparire in foto assieme ai propri assistiti e ancora per essersi opposti all'irruzione di agenti di polizia per perquisire i loro studi senza mandato. Si è giunti anche a ritenere la mera partecipazione a seminari e convegni, anche internazionali, di stampo politico-giuridico, quali elementi sufficienti a riscontrare le dichiarazioni del teste segreto, così come la decisione dei propri assistiti di avvalersi della facoltà di non rispondere a polizia, procura o giudice.

Da avvocati non possiamo non denunciare la gravità di un sistema normativo che non garantisce l'esercizio della difesa in quel Paese e fornisce strumenti per perseguire gli avvocati colpevoli solo di aver svolto il proprio ruolo. Il giusto processo necessita ovunque di un'avvocatura autonoma e indipendente. Senza di essa non è possibile parlare di tutela dei diritti e delle libertà.

Benché ogni ordinamento giuridico abbia le proprie disposizioni sul processo, ci sono alcuni principi che possiamo considerare patrimonio comune del diritto processuale: tra questi l'imparzialità e terzietà del giudice, il diritto di difesa, la parità delle parti nel processo, il principio del contraddittorio, la ragionevole durata del processo.

Da avvocati non possiamo non denunciare la gravità di un sistema normativo che non garantisce l'esercizio della difesa e fornisce strumenti per perseguire gli avvocati colpevoli solo di aver svolto il proprio ruolo.

L'esempio dei colleghi turchi è quello di una Avvocatura che è consapevole del ruolo sociale della professione, ruolo che porta l'avvocato a farsi interprete, nei confronti dei pubblici poteri, delle istanze di libertà e di difesa dei diritti, anche al di fuori delle aule processuali.

Purtroppo, il 2015 si è chiuso in Turchia con il barbaro assassinio dell'avv. Tahir Elci, presidente del Consiglio dell'Ordine della città di Diyarbakir, al termine di un intervento pubblico nel quale aveva sottolineato con forza la secolare storia di tolleranza e convivenza civile in quella città, da sempre crocevia di genti di cultura e religione differenti, condannando gli atti di inaudita violenza contro alcune minoranze, tra cui quelle curda, maggioranza invece in quella città e contro il patrimonio storico e artistico, che si vuole cancellare per eliminare appunto le tracce della convivenza civile tra popoli e religioni diverse.

Altro esempio di un'avvocatura protagonista del cambiamento e dell'affermazione dei valori democratici è quella tunisina, insignita del Nobel per la pace 2015 quale componente il "*Quartetto per il dialogo tunisino per la pace*" insieme a Confindustria, sindacati e Lega dei diritti umani. Una straordinaria esperienza che l'avvocatura italiana ha seguito con solidarietà e trepidazione fin dai giorni della cosiddetta Rivoluzione dei gelsomini del gennaio 2011.

Il Consiglio nazionale forense ha istituito una Commissione diritti umani ed un'altra per i rapporti in area mediterranea ed esponenti di queste commissioni si sono recati in Tunisia, subito dopo l'attentato al Bardo, per sottolineare la vicinanza degli avvocati italiani ai colleghi di quel Paese. È stato siglato un importante Protocollo di

intesa in attuazione del quale è stata costituita una Commissione paritetica di avvocati dei due Paesi sui temi dell'immigrazione e dei matrimoni misti, insediatasi a Roma solo pochi giorni prima della notizia del Nobel.

Da allora il Cnf ha accompagnato i rappresentanti dell'Ordine nazionale tunisino nel percorso attraverso le principali città italiane dove questi ultimi hanno raccontato le loro esperienze. Il 27 febbraio a Bari, al Teatro Petruzzelli, nel corso di una cerimonia alla presenza delle massime autorità della Regione Puglia l'avv. Abdelaziz Essid ha fatto risuonare forte la sua voce contro l'inizio di bombardamenti indiscriminati sulla Libia, che finirebbero in un inutile massacro di civili inermi e per creare non pochi problemi alla stessa Tunisia, che già ha ospitato più di un milione di libici dopo la caduta di Gheddafi.

Il tragico attentato alla frontiera libico tunisina conferma l'estrema tensione nell'area.

Certo non possiamo rinunciare a combattere il terrorismo internazionale. La lotta va però condotta usando forze di polizia internazionale sotto l'egida dell'Onu e degli Organismi internazionali preposti e con una accorta attività di *intelligence* coordinata tra i diversi Stati. Anche sotto questo profilo il ruolo dell'avvocatura, attraverso anche l'appoggio alle iniziative delle principali e più accreditate associazioni che si occupano della difesa dei diritti umani a livello internazionale, può dare un proprio contributo alla lotta al terrorismo senza mai deflettere nella lotta di ogni forma di compressione, diretta o indiretta dei diritti fondamentali.

Conoscere il terrorismo Jihadista. Strumenti e tecniche di indagine

di **Giovanni Salvi**

*You have trivialized our movement by your
Mundane analysis. May God have mercy on you!*
Ayman al-Zawahiri

La minaccia del terrorismo jihadista si è trasformata sensibilmente negli ultimi anni e pone quindi sfide in parte nuove. Conoscere l'oggetto delle indagini è necessario per diverse ragioni. Innanzitutto solo questa approfondita conoscenza consente di adeguare gli strumenti e le tecniche investigative alle esigenze specifiche. Questo vale per ogni indagine ma è ancora più importante quando il singolo fatto-reato è inserito in una catena di eventi, in un contesto storico-politico che ne fornisce la chiave interpretativa. Quando poi, come nel caso del terrorismo, la risposta giudiziaria è solo una parte del complesso delle misure di contrasto, tra le quali anche politiche mirate ad eradicarne le ragioni profonde, conoscere e comprendere diviene addirittura vitale.

Si pensi a quanto abbia inciso, nel contrasto del terrorismo che abbiamo vissuto negli anni '60 e '70, la difficoltà iniziale di riconoscere i reali contesti di operatività delle diverse modalità di manifestazione di un fenomeno complesso, tanto a sinistra

¹ Dichiarazione di Ayman al-Zawahiri al sociologo statunitense Saad Eddin Ibrahim, citato in Diego Gambetta e Steffen Hertog, *Engineers of Jihad. The Curious Connection between Violent Extremism and Education*, Princeton Press 2016. La citazione è tratta dalla recensione di Malise Ruthven su New York Review of Books, 26 febbraio 2016. Il testo della ricerca originaria è accessibile presso il Department of Sociology - University of Oxford, Sociology Working Papers, 10/2007.

quanto a destra. Lo strumento concettuale (“l’arcipelago”) che consentì di penetrare l’unicità, costruita intorno ai Nar e ad altre struttura simili, delle sigle sparse che rivendicavano gli attentati di estrema destra, nacque dalla comprensione del mutamento intervenuto tra i giovani fascisti, che tendevano a rifiutare l’esperienza dei «vecchi arnesi del neofascismo» perché compromessa con apparati dello Stato. Nella giovane destra, il passaggio dal fiancheggiamento delle politiche di conservazione alla lotta contro lo Stato richiedeva un approccio investigativo e di politiche di contrasto certamente diverso². Non dissimile fu l’esperienza nell’area della sinistra eversiva, quando gli strumenti concettuali elaborati nell’investigazione sulle prime formazioni storiche, strutturate rigidamente, resero non facile adattare quegli stessi strumenti e le logiche di indagine ai fenomeni nuovi della seconda metà degli anni ’70.

Ancora più significativa fu la svolta politica, derivante dalla conoscenza, che consentì di abbandonare la teorizzazione del terrorismo di sinistra come provocazione, comprendendosene le profonde radici in un’area non marginale della sinistra italiana. Si poté così finalmente parlare di eversione e di terrorismo di sinistra e non semplicemente di “cosiddetta sinistra”. Non furono più le sedicenti Brigate Rosse, ma le Brigate Rosse, senz’altra specificazione. La depurazione dalle incrostazioni derivanti dalle esperienze del passato (utilizzo dei provocatori, sigle anarchiche ecc.) consentì di affrontare di petto l’*humus* culturale nel quale le formazioni eversive avevano potuto nascere e prosperare. Guido Rossa fu l’emblema di questo mutamento decisivo.

Perdonerete la schematicità di questa sintesi. Essa però è indispensabile per cercare di evitare equivoci in un terreno minato. Il terrorismo Jihadista è estremamente difficile da conoscere. Certo, conosciamo bene le rivendicazioni, il materiale di propaganda, le dichiarazioni processuali, le letture che ne danno studiosi attenti e preparati di molti Paesi; tutto ciò è molto utile e costituisce la base sulla quale si sono affinati gli strumenti di indagine e l’apparato punitivo di cui oggi disponiamo, con gli ottimi risul-

2 Salvo poi scoprirsi, nell’approfondimento delle indagini, un filo rosso che univa soggetti carismatici e organizzazioni del neofascismo storico alle nuove generazioni. L’approfondimento della conoscenza dell’oggetto dell’investigazione portò dunque a disegnare uno scenario molto più complesso di quello che l’apparente contrasto tra nuove e vecchie organizzazioni poteva far immaginare. Su queste vicende si veda V. Borraccetti (a cura di), *Eversione di destra, terrorismo, stragi, Quaderni di Questione Giustizia*, Franco Angeli, 1986, e l’ancora non superato, per questi aspetti interpretativi, Franco Ferraresi, *Minacce alla democrazia. La destra radicale e la strategia della tensione in Italia nel dopoguerra*, Feltrinelli, 1995.

tati di indagine sin qui raggiunti. Dico subito che le norme incriminatrici e quelle che fondano l'utilizzo degli strumenti processuali mi sembrano oggi già molto efficaci; non è dunque nella direzione di un'anticipazione della sanzione penale che intendo dirigermi né – tantomeno – della rinuncia alle garanzie del processo.

Una digressione importante, a questo punto, si impone. La magistratura italiana e le strutture investigative che da essa dipendono hanno maturato negli anni di un lungo contrasto del terrorismo interno e di quello internazionale, operante nel Paese, la consapevolezza della necessità di rispetto delle garanzie fondamentali della persona come preconditione *anche* dell'efficacia dell'intervento repressivo. Se vi sono state pressioni dell'opinione pubblica, a volte recepite dal legislatore, perché si abbandonasse la strada diritta delle garanzie, è stata l'interpretazione attenta dei pubblici ministeri prima e dei giudici poi a costituire un baluardo, che ha svuotato di reale offensività anche quei conati di legislazione d'emergenza.

Abbiamo tutti, magistrati impegnati su questo terreno e forze di polizia, ben chiari i limiti che la Costituzione ci pone e siamo ben attrezzati a respingere, già nelle nostre coscienze, qualunque approccio di diritto penale del nemico o di coinvolgimento del giudice nella "lotta" ai fenomeni. Quando la deriva portò verso l'uso della tortura per scoprire la «bomba ticchettante» (il sequestro Dozier, ad esempio), non vi fu incertezza nel perseguire quelle condotte. È sempre bene ricordarcelo – *repetita juvant* - ma a volte, perdonatemi la franchezza, è difficile non percepire una qualche supponenza in chi ripete un mantra senza cercare di capire le difficoltà che pongono sfide sempre nuove. Per questa ragione apprezzo, invece, lo sforzo di chi, come Massimo Donini, cerca di sostituire alla lezione, la comprensione e il contributo costruttivo.

Dunque, non si tratta di anticipare ancora la soglia delle condotte punibili. Lo strumentario è già adeguato ed anzi va interpretato con cura alla luce di quei principi appena ricordati. Del resto la Corte di cassazione si dimostra assai attenta e costituisce per tutti noi una guida insostituibile. Neppure si tratta di immaginare nuovi strumenti investigativi. Anche questi sono adeguati. Saranno necessarie probabilmente alcune integrazioni cui accennerò tra breve e bisognerà meglio tarare i rapporti tra repressione e raccolta di dati provenienti dalla *intelligence*. Ma nulla che stravolga l'approccio che abbiamo seguito sin qui, con risultati così positivi.

Conoscere i fondamenti ideali delle organizzazioni terroristiche è indispensabile innanzitutto per una corretta applicazione delle norme. Si eviterà così da un lato di estendere oltre il dovuto e il necessario l'area della investigazione, spingendo settori di mero antagonismo verso scelte più radicali; dall'altro lato si cercherà di colpire

condotte particolarmente offensive, per il contesto in cui esse effettivamente si inseriscono, e che invece possono apparire meno significative se quel contesto non si comprende.

Un esempio può aiutare a spiegarmi; mi limito qui ad accennarlo ma ci tornerò tra breve, dopo aver posto i riferimenti essenziali per la sua piena comprensione: la valenza penale dell'accusa di apostasia proveniente da soggetto qualificato ad emetterla, ripresa da altri soggetti in forme tali da rafforzarne il carattere imperativo per il credente, che segua una ormai diffusa corrente di adesione all'Islam e che riconosca l'autorità di colui che ha emesso la dichiarazione d'accusa.

La comprensione profonda delle radici del fenomeno è ancora più importante se si considera che l'uso del metodo terrorismo è in sé in grado di condizionare fortemente le scelte individuali e collettive; da questo il terrorismo trae il suo nome e la sua forza. Si pensi a come la mera prospettiva, sin qui priva di supporto nei fatti e dunque falsa, di un legame tra migranti e terrorismo abbia contribuito a legittimare scelte politiche gravissime per l'idea stessa di Europa, fino a mettere in discussione il pilastro della libera circolazione delle persone nei suoi confini, per comprendere quanto la possibile successione di gravi attentati possa incidere sulle libertà di noi tutti.

Quando poi esso è collegato a opzioni religiose, come tali non negoziabili, la potenzialità distruttiva di un modo di concepire la società e di vivere è moltiplicata. Questo pericolo è tanto più grande ove si consideri la "alterità" del terrorista Jihadista rispetto alla comunità in cui colpisce. Paesi come la Francia, dove da generazioni vivono milioni di musulmani, molti dei quali ben integrati, hanno ciò nonostante patito gravemente questa percezione di alterità, tanto da richiedere continue dichiarazioni politiche di rassicurazione identitaria. L'Italia è molto più indietro, per ragioni storiche e culturali. Non conosciamo nulla del nostro vicino, se non qualche luogo comune sul velo, il ramadan, il muezzin e così via; e quello che conosciamo non sempre è apprezzato e compreso da chi vive a stretto contatto con una comunità non ancora integrata e per la cui integrazione ben poco facciamo.

Pensiamo allora a quanto grave potrebbe essere l'identificazione del terrorista con un gruppo etnico o religioso. Questo sì potrebbe far saltare qualunque argine verso il "diritto penale" (e non solo penale) "del nemico". È questo il grave pericolo che dobbiamo affrontare. Se si dovessero verificare nel nostro Paese attentati ripetuti e gravi, saremmo attrezzati a rispondere con il coraggio e la saldezza che la sfida richiederebbe oppure le nostre dighe sarebbero sommerse?

Per rispondere a questa domanda non basta la facile via del rifiuto di affrontare il problema, ricorrendo al discorso politicamente corretto: l'Islam ripudia il terrorismo; non sono veramente musulmani; il terrorismo cd. islamico e via dicendo. Certo, questa narrazione politica è oggi indispensabile per evitare una possibile, deleteria identificazione ma non certo sufficiente e anzi essa comporta seri rischi. Non diversamente da come la vera svolta si è avuta quando le Brigate sono divenute Rosse e non cd. Rosse e si è parlato di eversione "di sinistra" e non di provocatori al soldo delle forze della reazione.

Conoscere non è però facile. Nella nostra passata esperienza il terrorista era l'amico della porta accanto, il compagno di scuola, a volte un parente. Il suo linguaggio non era diverso dal mio. La sua radice ideale affondava nel medesimo *humus* nel quale io ero cresciuto, potevo comprenderne e criticarne ogni riferimento ideale. Non è così per il terrorista Jihadista. Questi parla una lingua diversa e per me incomprensibile e soprattutto ha riferimenti, anche se tradotti in italiano, che non riesco neppure ad avvicinare, non dico a comprendere! È *l'altro*. Questa, ci piaccia o no, è una realtà. L'alterità del terrorista che fa riferimento all'Islam è la sfida più grande alla nostra democrazia, la vera e profonda differenza rispetto al passato. Questa differenza è ciò che ci può rendere facile dimenticare che le sue garanzie sono in realtà le nostre e che con il riconoscerle non gli si fa un regalo ma in realtà si tutela l'essenza della nostra civiltà, come è venuta a maturare dal '700 in poi.

Massimo Donini ha espresso questa preoccupazione già nel 2006 con parole di assoluta chiarezza: «Il concetto di diritto penale del nemico sembra ritagliato sul terrorista islamico: un tipo d'autore incoercibile al dialogo, insuscettibile di accettare lo Stato di diritto e i diritti fondamentali quale base di riconoscimento reciproco dell'ordinamento e della società civile»³.

Donini non ha voluto dire che questa caratterizzazione legittimi che il terrorista "altro" sia trattato diversamente, in una logica amico/nemico. Al contrario, ci vuole avvertire del pericolo insito nel dato di fatto costituito dall'alterità, per la facilità che su di essa possa essere costruita una deviazione dai principi costituzionali. Non va dunque messo tra i cattivi, tra i seguaci di Carl Schmitt, ma tra coloro che vogliono comprendere.

3 M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi Questione Criminale*, 2007, 66.

Pericolo tanto più grande se si considera la trasformazione che si è andata verificando nel fronte del terrorismo internazionale. Di questi aspetti parlavo già in scritti del 2006⁴ e del 2007⁵, che devo qui ricordare visto che vi sono espresse (spero con chiarezza) le opzioni di ripudio della *war on terror* e dell'approccio preventivo che rifiuta la giurisdizione, con una rivendicazione orgogliosa del nostro lavoro che ha saputo unire garanzie ed efficacia di azione.

Non è facile sintetizzare le caratteristiche, in parte del tutto nuove e in parte già esistenti, delle recenti manifestazioni del terrorismo islamico; esse vanno riconsiderate nel contesto della più generale trasformazione. Darò quindi per scontate alcune premesse, che forse non lo sono. Ma da qualche parte bisogna pur cominciare.

La principale novità è costituita dalla fondazione territoriale di alcune organizzazioni, che rivendicano l'inizio della costruzione di un nuovo Califfato. Ritorneremo sul punto. Ciò che qui importa è che questa fondazione non ha nulla a che vedere con rivendicazioni etniche o nazionali. Nulla a che vedere con la volontà di avere una propria terra, dove far crescere le radici di un popolo, identificato per tradizioni, costumi, lingua, religione. Tutto ciò è dietro le spalle, almeno nella percezione di sé che hanno alcune organizzazioni terroristiche e i loro militanti. Anzi, il rifiuto dell'Islam basato sulla consuetudine, sull'adattamento dei precetti alle situazioni locali, etniche, storiche, è parte integrante e fondamentale dell'ideologia jihadista⁶. Questa impostazione ha una chiara radice anticolonialista, nel rifiuto della costruzione di confini tracciati con la squadra sulle carte geografiche (si veda il gesto simbolico dell'abbattimento del confine Siria-Iraq da parte di ISIS). Essa ha però una molto più profonda radice nel carattere tendenzialmente universale della comunità musulmana, che – almeno nella sua visione millenaristica – non ha confini se non quelli definiti dalla effettiva presenza della comunità stessa. Il Califfato è espressione politica di questa concezione. Non è un'arma propagandistica e non è una ridicola sceneggiata. È un richiamo a un messaggio politico-religioso ben presente alla comunità musulmana, i cui saggi non hanno mai smesso di studiare e di farne oggetto di polemiche interne, spesso

4 *Ciò che non dobbiamo imparare dall'America*, Limes, febbraio 2007.

5 *Une alternative à la «guerre contre le terrorisme». L'expérience italienne*, in *Esprit*, 2007.

6 Si veda, sul punto del revivalismo islamico (Islamismo, fondamentalismo, Wahabbismo) e sulla sua opposizione al *Customary Islam* la ricca introduzione di C. Kurzman a *Liberal Islam*, citato nella nota 7.

feroci, con gravi conseguenze per chi ha ne ha messo in dubbio la riferibilità al messaggio del Profeta⁷.

Il fatto che non vi sia più una diretta connessione con una singola zona di conflitto (ad esempio, in passato, l'Afghanistan, la Cecenia, la Serbia ecc.) ha enfatizzato e reso del tutto diversa sul piano qualitativo la caratteristica già esistente della internazionalizzazione del reclutamento.

Ciò determina l'ulteriore effetto della autonomia della motivazione politico-religiosa, rispetto ad altri aspetti, che pure restano fondamentali nelle motivazioni collettive e individuali.

Nella Jihad universale si intrecciano anticolonialismo, disillusione politica, radicalizzazione religiosa, in una miscela nella quale le predicazioni salafite radicali ridefiniscono le frontiere del bene e del male e rendono lecito e moralmente doveroso l'assassinio del miscredente.

Ha scritto Gilles Kepel che le rivolte parigine nelle *banlieue* cristallizzarono una nuova consapevolezza nella terza generazione politica di giovani musulmani francesi, che hanno iniziato a divenire sensibili al richiamo del fondamentalismo in un modo in cui le precedenti generazioni non erano mai state. Benché in linguaggio, educazione e cultura pop fossero altamente integrati, essi erano avulsi dalle politiche domestiche e si identificarono sempre più con le condizioni, reali e immaginarie, del mondo musulmano⁸.

In altre parole, non è che gli aspetti relativi alle radici sociali e politiche in senso stretto dell'adesione alla scelta estrema siano irrilevanti. Al contrario, esse

7 Tra i tantissimi esempi, anche recenti, mi sembra utile citare un eminente studioso di scienza islamica, Abd al Raziq, autore nel 1925 di uno scritto fondamentale sul Califfato, ora tradotto in spagnolo (*El Islam y los fundamentos del poder*, Universidad de Granada, 2007) e leggibile in estratto in un importante volume, che raccoglie scritti dei più rilevanti esponenti dell'Islam moderato, secondo una selezione interna e dunque non con occhi "occidentali", a cura e con ampia introduzione di Charles Kurzman, *Liberl Islam. A sourcebook*, Oxford University Press, 1998. Per avere sostenuto un'interpretazione del Califfato che portava alla separazione tra Stato e religione (*Islam, una religione, non uno Stato*) fu allontanato dall'Università Al Azhar dove insegnava e accusato di eresia. Cito questo esempio perché mi sembra indicativo della profondità e della vicinanza temporale del dibattito, interno all'Islam, sul Califfato, anche dopo la sua soppressione da parte di Atatürk il 3 marzo 1924.

8 G. Kepel, citato in Mark Lilla, *How the French Face Terror*, in NYRB, Marzo-Aprile 2016 (traduzione mia, n.d.a.).

rimangono di grande importanza. Quelle radici però si vestono di una più generale ideologia, in grado di reclutare soggetti con le più diverse motivazioni personali, fornendo una solida cornice «narrativa». È questa caratteristica che costituisce l'elemento differenziale che occorre comprendere. Non è che i giovani della *banlieue* parigina abbiano semplicemente cambiato veste: non indossano più l'eskimo o le Timberland ma la lunga tunica di cotone⁹. Il messaggio del ritorno alla purezza dell'Islam delle origini, come antidoto alla mancanza di valori del mondo moderno, ha una forte attrattiva sia su coloro che si sentono – e sono – emarginati, sia su chi emarginato non è affatto.

Le motivazioni di ordine sociale e politico sono quindi molto importanti e devono essere sempre tenute presenti. Ad esempio, finché il vicino oriente resterà una polveriera a causa della irrisolta questione palestinese vi sarà sempre spazio per la violenza e per il ricorso all'arma tipica del conflitto asimmetrico. Ma anche a proposito della Palestina non può non vedersi il minor peso che essa gioca, a causa del carattere non meramente religioso di quel conflitto, che non a caso vide i primi attentati suicidi in un contesto "laico", molto diverso dall'attuale. Lo stesso vale per Siria, Iraq, Libia ecc.

Non vi è dubbio che affrontare le radici sociali e politiche dei conflitti resta la priorità. Occorre però cogliere al contempo ciò che fa la diversità e che richiede un approccio specifico e meditato.

Questo elemento differenziale è il ruolo molto più marcato e autonomo del messaggio religioso, inteso come richiamo all'attuazione della società islamica ideale, nella lettura ormai consolidatasi in larghe parti della comunità musulmana e che non consente distinzione tra religione e politica, tra scelte morali e obblighi di condotta di vita, sanzionati dalla forza o dello Stato o dei correligionari. Se coloro che passano all'azione

9 Questa affermazione può sembrare in contrasto con quanto scrive Kepel, al quale molto devo delle mie riflessioni (anche per il suo *Fitna. Guerre au coeur de l'Islam*, Gallimard 2004), circa la forte carica utopica di un «radioso avvenire» di nuova maniera, che ha portato a sostituire la bandiera rossa con quella bruna autoritaria o con la bandiera verde del Profeta (G. Kepel, *Terreur dans l'Hexagone. Genèse du Djihad Français*, Gallimard, 2015, 18 ss.). Kepel rende però chiara in seguito la specificità del processo di radicalizzazione religiosa, nel pur complesso scenario politico francese, che vede non solo una profonda integrazione dei musulmani, ma anche il loro ingresso a pieno titolo nel gioco degli schieramenti, essendone divenuti elemento a volte decisivo, fondato anche su scelte valoriali (come a proposito dell'adesione a *Manif pour tous*, movimento contro i matrimoni omosessuali, con venature omofobiche).

sono un'infima minoranza, essi sono il frutto di un più vasto movimento salafita, la cui reale diffusione ci è forse ignota.

La centralità del messaggio religioso è ben nota da tempo. Armando Spataro ha scritto pagine di grande interesse, già nel 2008, leggendo gli atti processuali, dalle rivendicazioni alle intercettazioni ai contributi collaborativi¹⁰.

È imperativo conoscere a fondo questi aspetti del richiamo delle organizzazioni terroristiche oggi più attive. Non è facile. Nessuno può mettere in dubbio la straordinaria ricchezza nei secoli della cultura e della storia dell'Islam, così come la sua tolleranza delle minoranze, almeno fino a che è stato possibile che il rapporto religioso fosse mediato esclusivamente dalla comunità e non fosse ancora divenuto un aspetto della libertà individuale. Basta leggere lo splendido romanzo *Viaggio alla fine del Millennio* di Abraham Yehoshua per immergersi nella grande civiltà musulmana del Maghreb dell'anno mille, mentre l'Europa era ancora nell'oscurità. Questo però non ci dice molto sull'evoluzione degli ultimi duecento anni. Le assai poco sostenibili affermazioni sul carattere di religione pacifica dell'Islam possono essere utili per evitare la criminalizzazione di un'intera comunità e per consentire di mantenere aperto il dialogo con l'area (molto larga tra i fedeli e più ristretta nelle fasce dirigenti) dell'Islam politicamente moderato ma ci dicono ben poco sulla lettura attualmente dominante delle Scritture. Non aiutano nemmeno i confronti tra religioni, con accuse reciproche di efferatezze passate. Occorre conoscere invece approfonditamente quanto è avvenuto in questi anni nel mondo islamico, con le sue straordinarie diversità interne. Tutti noi usiamo con leggerezza termini di cui conosciamo poco il significato reale, limitandoci a qualche superficiale distinzione. Chi non ha letto o detto che la Jihad è innanzitutto lotta morale? Può bastare questo approccio per risolvere il problema della prevalente diffusione di una interpretazione del tutto opposta?

Il fondamento millenaristico della ideologia terroristica si lega profondamente a correnti di pensiero fortemente presenti nella élite islamica, cui è demandata la lettura e la "interpretazione" del messaggio coranico. È questo legame che occorre comprendere e cercare di contrastare, per evitare che continui la marginalizzazione dell'Islam politico moderato.

¹⁰ Armando Spataro, *Cosa induce tante persone ad abbracciare il terrorismo? Perché si diventa terroristi? Le esperienze di un Pubblico ministero*. In *Voci contro la barbarie- La battaglia per i diritti umani attraverso i suoi protagonisti*, a cura di Antonio Cassese, Feltrinelli (novembre 2008).

Ho imbarazzo ad affrontare questi argomenti. Mi rendo conto della mia ignoranza e della inadeguatezza di un tentativo individuale. Attualmente questo confronto è relegato, per lo più, nelle sedi del confronto interreligioso. Occorre un intellettuale collettivo, come si diceva una volta, composto da specialisti di diverse discipline. Occorre che essi non siano legati dalla necessità del discorso politicamente corretto, ma che vi siano sedi dove ci si possa confrontare con franchezza per capire i veri limiti attuali, anche dell'Islam politicamente moderato, e come questi limiti operino negativamente nel rapporto con un Islam tutt'altro che moderato, che a me sembra oggi maggioritario. Lo è certamente fuori dei Paesi occidentali ma non so quanto esso pesi davvero all'interno delle nostre stesse realtà, dove per decenni si è diffusa – incontrastata – la predicazione revivalista, con il sostegno finanziario dei Paesi arabi che su quella impostazione hanno costruito il loro potere interno e la loro rivendicazione di supremazia nell'Islam sunnita. Occorre studiare a fondo le esperienze dei Paesi europei, come la Francia e la Gran Bretagna, che hanno dovuto affrontare questi problemi da decenni.

Quando parliamo di Islam politico moderato dobbiamo sapere di cosa parliamo, perché solo questa consapevolezza ci può spingere a batterci con ogni mezzo per la tutela della libertà di espressione, nelle manifestazioni del pensiero e in quelle – non meno importanti – di vestirsi e di agire. In questo momento l'Islam moderato non è libero di esprimersi. Esso è sottoposto a una costante, gravissima minaccia. In ogni momento l'accusa di apostasia può venire rivolta a un esponente della comunità musulmana da uno qualunque dei molti soggetti legittimati ad emettere un'accusa così grave, che comporta la condanna a morte, eseguibile da ogni fedele che riconosca quell'autorità. Non si tratta di una minaccia campata in aria, desueta. Essa può essere resa esecutiva dallo Stato, se non agiscono rimedi di vario genere che alcuni Paesi hanno posto in essere per aggirare il dovere di attuazione di un comandamento, o – molto più spesso – da seguaci di chi ha emesso il verdetto, che raramente saranno per questo perseguiti.

Muhammad Shakil Auj uno dei massimi esperti di Studi islamici (cioè della millenaria tradizione di studi sui testi sacri e sui loro commenti), decano dell'Università di Karachi, traduttore e commentatore dei testi, esperto giurisperito, neppure tanto moderato, fu assassinato il 18 settembre 2014, pochi giorni dopo l'omicidio di una sua collaboratrice. Auj era stato accusato da altri studiosi della stessa università di apostasia per avere preso parte a un convegno negli Stati Uniti, nel corso del quale aveva espresso opinioni ritenute eretiche; un gruppo di religiosi lo aveva quindi dichiarato *takfir*, per avere messo in pericolo la purezza della fede.

Ma ciò che rende davvero impressionante e utile ai nostri fini questa terribile vicenda è quanto era successo pochi mesi prima. Una giornalista della *The Express Tribune*, Faiza Rahman, intervistò il dr. Auj sui temi della armonia interreligiosa e tra le sette.

«Pace inter-religiosa?» egli rise. «*Beta*, la fai troppo semplice!» disse, in maniera tuttavia gentile. «Sai cosa succede quando si prova a cambiare le cose qui? Questa non è una ‘rivalità accademica’ tra qualche professore dello stesso dipartimento. Queste sono questioni di fede. Queste sono questioni di vita o di morte»¹¹.

Le questioni di fede sono questioni di vita o di morte.

Sono moltissimi coloro che sono stati uccisi in questi anni per avere sostenuto interpretazioni delle Scritture ritenute eretiche. Recentemente la Tunisia è stata scioccata dall’assassinio di un avvocato liberale, eminente uomo politico, patrono dei diritti di espressione, considerato colpevole di aver difeso i responsabili di una rete televisiva che aveva trasmesso *Persepolis*.

È per questo che la Costituzione tunisina, una delle poche del mondo islamico che non pone la Sharia come *grundnorm* non emendabile nemmeno dalla Costituzione stessa, all’art. 6 vieta e punisce la dichiarazione di eresia, blasfemia, apostasia (*Takfir*) e l’incitamento alla violenza e all’odio.

Perseguire con determinazione questo crimine è dunque imperativo per consentire all’Islam moderato di esprimersi liberamente. Già alcune decisioni di pubblici ministeri e giudici italiani hanno utilizzato la previsione dell’art. 414 cp, così dimostrando una buona percezione della rispondenza della norma alle previsioni costituzionali e ai limiti indicati dalla Corte di cassazione nell’interpretazione delle condotte di apologia e istigazione. Solo comprendendo davvero cosa significhi l’accusa di eresia e la conseguente condanna a morte potrà un domani perseguirsi colui che avrà emesso questa «decisione giuridico-religiosa, vincolante per il credente» (uso con fastidio il termine

¹¹ Blog di Faiza Rahman, 19 settembre 2014: «*I wanted to know if students were schooled in inter-faith harmony in his department. What about inter-sect harmony? Had the syllabus been updated to account for the increasing extremism in today’s world? Is the university aware of the immense responsibility that rests on its shoulders? “Inter-faith peace?” he took some time to laugh. “Beta, you are too simple!” he said, not unkindly. “Do you know what happens when we try to change things here? This isn’t just an ‘academic rivalry’ between a few professors of the same department. These are matters of faith. These are matters of life and death*». Traduzione mia (n.d.a.).

Fatwa, per le ragioni che ho esposto) e colui che l'avrà diffusa con modalità tali da poter rafforzare il proposito di un esecutore.

Liberare l'Islam politico moderato dai lacci della paura consentirà forse anche di affrontare i temi di fondo della separazione tra religione e sfera politica, della possibilità stessa di un rapporto religioso che non sia mediato dalla comunità e che sia pertanto libero. A leggere molta della letteratura dell'Islam moderato colpisce la necessità (certamente indotta da fattori non eliminabili perché radicati nella inscindibile unità attuale di religione e comandamenti di vita pratica, ma anche dalla preoccupazione di affrontare accuse di apostasia) di riferirsi, ancora oggi, al dibattito del VII secolo come se esso fosse attuale e come se la sola vera legittimazione dei diritti dell'uomo e della donna dovesse trovarsi in qualche verso del Corano o qualche detto della Sunna.

Credo che debba interessarci poco se l'obbligo del velo sia imposto da fonti originarie, e come tali non rinunciabili dal fedele, o siano costruzione interpretativa superabile. A me interessa che sia chiaro che non è tollerabile il disprezzo per il corpo della donna e che non è tollerabile l'imposizione di un modo di vestire. È una sopraffazione che solo una scarsa conoscenza dell'Islam, ad essere teneri, può far sottovalutare. Si può essere d'accordo o meno sulle scelte di politica, anche di proibizione, ma solo per una valutazione di opportunità e di costi/benefici. Non può invece, a mio parere, essere messa in discussione la necessità di azioni positive volte ad affermare la parità dei diritti e l'effettiva libertà di vestirsi come si vuole. Se qualcuno pensa che la scelta del velo sia libera per la donna islamica o se qualcuno pensa di poterla paragonare all'imposizione sociale delle comunità meridionali di qualche anno fa, dovrebbe fare un giro nei Paesi – ormai troppi – nei quali non portare il velo espone alle stimate sociali, alla violenza domestica, alla bastonatura per strada ad opera della “polizia morale”. Ho lavorato in Iran per conto delle Nazioni unite e ne ho esperienza diretta. Manifestare per la libertà del velo è senza senso. Se davvero si vuole manifestare per questa libertà non si deve organizzare una manifestazione, come invece si è fatto, in cui tutte le donne indossano il velo: sarebbe davvero significativo se la manifestazione vedesse le donne musulmane senza velo e quelle di altre religioni con il velo. Occorrerebbe poi, però, garantire la sicurezza, anche domestica, di coloro che hanno scelto di non portare il velo.

Se poi invece vogliamo tornare alla Pace di Augusta, *cuius regio, eius religio*, in una forma però rovesciata, comunitaria, ebbene dobbiamo essere ben consapevoli di quello che perdiamo, tutti e non solo quelli a cui per quieto vivere neghiamo i diritti fondamentali.

Anche su questo punto occorre essere chiari. 45 Paesi islamici non solo non hanno sottoscritto la Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni unite (1948!) ma nel 1990(!) ne hanno sottoscritta un'altra. La Dichiarazione sui Diritti umani in Islam, adottata al Cairo, prevede discriminazioni di genere e di religione, adotta la *Sharia* come unica sorgente, prevede quindi pene corporali e punisce l'apostasia. Purtroppo trovo tra i recenti firmatari della risoluzione anche Paesi a maggioranza della popolazione islamica ma che in passato, a causa di regimi autoritari laici, avevano mantenuto la separazione tra religione e Stato, garantendo almeno alcuni diritti essenziali dell'individuo, seppure in un contesto illiberale.

Il problema è però ancora più profondo.

Nel 2006 mi trovavo in Afghanistan per contribuire alla valutazione dei problemi connessi con l'applicazione della nuova Costituzione democratica. Si trattava di una missione di pochi giorni ma ebbi la ventura di trovarmi nel pieno della crisi causata dalla richiesta di condanna a morte di un cittadino afgano, Abdul Rahman, accusato di essersi convertito al Cristianesimo e di aver posseduto una Bibbia. La condanna a morte appariva inevitabile, in quanto l'art. 3 della nuova, democratica Costituzione prevede che «In Afghanistan nessuna legge può essere contraria ai principi e alle disposizioni della sacra religione dell'Islam», mentre l'art. 130 a proposito dei giudizi, anche penali, dispone che «durante i processi, i giudici applicano le disposizioni della presente Costituzione e delle altre leggi. In assenza di una disposizione di legge applicabile al caso specifico, le Corti giudicano sulla base dei principi costituzionali e in conformità con la giurisprudenza hanafita, e comunque nell'intento di servire la giustizia nel miglior modo possibile».

Accompagnai il Capo missione, Ambasciatrice Iolanda Brunetti, ad un incontro con i membri della Corte Suprema nel quale, naturalmente, il discorso scivolò subito sulla delicata questione. Ci fu spiegato che essa non era risolvibile, a meno che l'imputato, detenuto, non avesse ritrattato la conversione. La possibilità della conversione costituisce infatti uno dei mezzi abitualmente utilizzati per non eseguire la condanna, dilazionandola all'infinito: vi è infatti la possibilità del pentimento e della ritrattazione dell'apostasia fino all'ultimo minuto. Rahman non volle ritrattare. Le pressioni internazionali costrinsero però la Corte a trovare l'*escamotage* di dichiarare l'imputato incapace di intendere e di volere. Rahman fu quindi espulso e ricevette asilo politico in Italia.

Altri cittadini afgani sono stati in seguito detenuti e processati per apostasia.

Occorre considerare che nell'interpretazione più rigorosa (oggi dominante) è apostata non solo chi si converte esplicitamente ma anche chi tiene comportamenti o espri-

me opinioni che siano in contrasto con la consolidata lettura delle Scritture. Anche solo affermare che il Corano può essere storicamente interpretato può essere considerato apostasia.

Questi aspetti della lettura dell'Islam non sono vicende lontane da noi, che riguardano altre realtà. Essi si traducono invece in quell'intreccio inscindibile che rende così pericolosa la minaccia terroristica.

Pericolosa innanzitutto perché il carattere apocalittico del messaggio e la non negoziabilità della rivendicazione rendono molto concreta la possibilità di attentati di assoluta gravità, anche indipendentemente da specifiche situazioni locali.

L'atomizzazione della rete di contatti, resa possibile anche dal collante ideologico, il reclutamento attraverso forme diverse di avvicinamento alla comunità e di costruzione di identità condivise, la relazione continua tra reclutamento e teatri di conflitti all'estero sono tutti elementi che comportano la necessità di utilizzare strumenti di conoscenza adeguati alla nuova realtà. Rispetto ad altri Paesi europei, la necessità di rapportarsi ad organizzazioni terroristiche e mafiose ha consentito all'Italia di costruire nel tempo una struttura di contrasto (di prevenzione e di repressione) molto ampia e che vede in primo piano la giurisdizione. Ciò rende a volte difficile dialogare con Stati europei che hanno invece scelto una strada diversa, che punta molto sulla raccolta di informazioni al di fuori del diretto controllo giudiziario. È dunque necessario armonizzare queste impostazioni, senza perdere le caratteristiche della nostra, che unisce efficienza e garanzie.

La grande importanza delle informazioni raccolte anche in zone di conflitto rende poi necessario riflettere su come assicurare agli interlocutori la segretezza delle fonti e delle metodologie utilizzate, realizzando un bilanciamento tra questa esigenza e quella repressiva. Anche la prevenzione deve essere condotta nell'assoluta legalità. Essa non è terra di nessuno e incognita: *hic sunt leones*.

Il settore carcerario va monitorato con attenzione (ed è meritoria l'iniziativa di controllo-integrazione adottata dal Dap), visto che le storie individuali dei terroristi francesi e belgi indicano le prigioni come luogo primario di radicalizzazione religiosa.

Infine, vanno affrontati con determinazione i temi della accessibilità da parte dell'autorità giudiziaria alle forme di comunicazione che attualmente presentano invece gravi problemi, anche di sovranità nazionale.

Ciò che più conta è che è necessario attrezzarsi per meglio comprendere la profondità della sfida e per avviare la battaglia per la conquista delle coscienze, accompagnan-

do il rifiuto della *war on terror* e l'adozione di strategie di prevenzione e repressione, all'impegno per un'effettiva integrazione tra culture, che parta dalla individuazione di ciò che oggi la rende difficile, anche a livello ideale. Solo questo impegno complessivo può attrezzarci sin d'ora a respingere politiche di esclusione.

Dovremmo studiare con molta attenzione e con il massimo rispetto quanto è avvenuto in Francia nell'ultima decade. Saremo forse più avanti quanto a capacità investigativa ma certamente non abbiamo ancora affrontato i complessi problemi derivanti da una effettiva integrazione e dunque quanto essi possano essere attaccati dal radicalismo islamico, nella sua attuale versione. Seguiamo G. Kepel, nella sua descrizione degli effetti del cambiamento di strategia (a partire dal 2005, stesso anno dei moti della *banlieue*, causati dalla morte di due giovani ma soprattutto dalle immagini della Moschea invasa dai fumi dei lacrimogeni) del settore attualmente dominante della Jihad, che privilegia l'offensiva all'interno dei Paesi europei con l'obiettivo di farli implodere, suscitando una guerra civile al loro interno, con uno schema *reticolare*¹² che attrae i giovani musulmani europei: «È questa integrazione, chiave dell'armonizzazione di una società francese pluralista intorno a una base di valori condivisi, che è minacciata nelle sue fondamenta dall'emergere della Jihad nel suo seno»¹³.

L'attuale terrorismo non può essere definito «così detto islamico», non più di quanto le Brigate Rosse potessero esser dette «sedicenti». Capisco molto bene le ottime ragioni che ci portano ad usare una terminologia impropria. Ma dobbiamo essere consapevoli che di questo si tratta. Di una terminologia che cela, per necessità, una complessa rete di relazioni culturali che va invece compresa e disvelata.

¹² Teorizzato da Abu Musab al-Suri, *Appello alla resistenza islamica mondiale*, gennaio 2005, che – secondo Kepel, op. cit., 52 – avrebbe avuto un ruolo decisivo nella trasformazione dell'islamismo radicale francese, sostituendo all'attacco al “nemico lontano” e quindi all'organizzazione piramidale di al-Quaida, priva di radici sociali, «un jihadismo di prossimità, secondo un sistema reticolare penetrante alla base, e non più al vertice, le società nemiche da abbattere».

¹³ Kepel, op. cit., 31. Tutte le traduzioni sono mie (n.d.a.).

Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*

di Armando Spataro

Prima parte

Il cosiddetto “terrorismo islamico” e la centralità della giurisdizione. Il sistema italiano: dagli “anni di piombo” al rifiuto della “war on terror”. Le leggi post stragi di New York (2001), Londra (2005), Parigi (2015)

1. Premessa e rilievi critici ad altri interventi

Il mio intervento sarà ovviamente il frutto della mia esperienza di pubblico ministero, in particolare di quella maturata, praticamente sin dal mio ingresso in magistratura e con poche ma brevi interruzioni, nel settore delle indagini sul terrorismo interno e internazionale.

In particolare tratterò il tema, forse ancora non sufficientemente esplorato, della effettiva utilità ai fini di tali indagini delle raccolte di dati e informazioni sulle persone,

* L'intervento di A. Spataro ha come tema centrale la legittimità ed efficacia delle raccolte dei dati personali rispetto alle indagini penali riguardanti il terrorismo internazionale, nonché rilievi critici sugli indirizzi che sembrano prevalere nella politica antiterrorismo dell'Unione Europea. La relazione coincide, a partire dal par. 2, con quella dal titolo “*Quanto controllo può sopportare un democrazia?*”, tenuta a Roma, il 28 maggio 2016, nell'ambito del Convegno organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali sul tema *I nuovi confini della libertà – La società sorvegliata*. Vi sono contenute citazioni, anche con aggiornamenti, da precedenti relazioni ed articoli, tra cui *Otto anni dopo l'11 settembre.- Il modello anglosassone e quello europeo nell'azione di contrasto del terrorismo internazionale, Questioni Giustizia*, n. 5/2009 (Franco Angeli Ed.)

che la moderna tecnologia ci consente, nonché sull'errata impostazione, che sembra cara all'Europa, di voler privilegiare l'attività della cd. *intelligence* nel contrasto del terrorismo, trascurando il tema della cooperazione giudiziaria.

Vorrei premettere, però, anche alla luce del contenuto di altri interventi, alcune osservazioni sulle motivazioni e definizioni del tragico terrorismo dinanzi al quale ci troviamo, nonché sulla necessità di non trascurare, ed – anzi – di valorizzare affinandole, le tecniche investigative che abbiamo in passato adottato contro il terrorismo interno.

Condivido, in particolare, gran parte dell'intervento di Giovanni Salvi, ma alcune sue valutazioni mi lasciano perplesso.

Parto dalle motivazioni del terrorismo internazionale. In questo sono d'accordo con il Procuratore generale di Roma: si tratta, pur con le precisazioni che seguono, di motivazioni in generale religiose (non dunque politiche in senso stretto, né economiche, né di liberazione di territori "occupati"), come ho avuto modo di affermare sin dal 2008 in miei precedenti interventi¹.

Ma partendo da queste premesse (sulle quali mi si perdonerà la sintesi), Giovanni Salvi giunge a respingere la definizione di «terrorismo cosiddetto islamico» che altri suggeriscono di utilizzare in quanto "*politically correct*". Io, invece, la ritengo del tutto corretta e non certo in ossequio a logiche di mediazione che non mi hanno mai appassionato. Avverto anche la necessità di precisare quanto sia fuorviante affermare che «*l'attuale terrorismo non può essere definito "così detto islamico", non più di quanto le Brigate Rosse potessero esser dette "sedicenti"*». L'esempio non è pertinente: negli "anni di piombo" l'errore era politico e spesso strumentalmente voluto; oggi abbiamo invece il dovere di rispettare le religioni diverse dalla nostra e di non generalizzare.

Se sono convinto assertore della necessità di adottare la definizione di «terrorismo cosiddetto islamico» (anziché quella di «terrorismo islamico»), ciò dipende anche dalla mia personale esperienza di investigazione (che mi ha portato a conoscere

1 Gli interventi cui si fa riferimento sono: 1) *Perché si diventa terroristi? Le esperienze di un Procuratore*, in *Journal of International Criminal Justice* (Oxford Journals - Oxford University Press - Aprile 2008); 2) *Cosa induce tante persone ad abbracciare il terrorismo? Perché si diventa terroristi? Le esperienze di un Pubblico ministero*, in *Voci contro la barbarie - La battaglia per i diritti umani attraverso i suoi protagonisti*, a cura di Antonio Cassese, Feltrinelli (novembre 2008); 3) *Colloquio sul terrorismo internazionale* con Diomira Petrelli, in *Rivista di Psicoanalisi* n. 3.2008 della Società Psicoanalitica Italiana, numero dedicato a *Terrore e Non pensiero*.

intercettazioni, documenti, dichiarazioni di collaboratori maghrebini) e di studio: ho fatto parte, ad esempio, di un gruppo di studio della N.Y University che ha operato per vari anni, nel decennio scorso, per intensificare la conoscenza di questo terrorismo e le possibili forme di effettiva collaborazione internazionale. Ebbene, non potrò dimenticare le richieste rivolte a noi europei da autorevoli esponenti delle magistrature, delle forze di polizia e da accademici di vari Paesi islamici da me incontrati in quelle periodiche occasioni di chiamare questo terrorismo «*so-called islamic terrorism*», unica espressione idonea – ci dicevano – a evitare ogni impropria, se non offensiva, generalizzazione che potrebbe derivare anche dall'uso di definizioni molto diffuse come «terrorismo jihadista» o «fondamentalista». Il «Jihad», ad esempio, è un termine spesso erroneamente considerato equivalente, in Occidente, a «guerra santa». Ma, tra le tante possibilità, la più corretta è altra: esso significa letteralmente «lotta», «sforzo» compiuto «sulla via di Dio» in nome dei principi in cui crede, ma non con armi, bombe e stragi, pur se, nella convinzione dei gruppi terroristici, assume la valenza di obbligo, che ricade sulla intera comunità, di lotta con metodi violenti per l'affermazione della religione islamica. Il tutto in una distorta visione religiosa del mondo che, fondata sulla sua divisione in fedeli ed infedeli e reiterata in ogni forma di indottrinamento, conduce alla deumanizzazione dei potenziali obiettivi, alla intolleranza del dubbio o del dissenso, alla adorazione dei *leader* di turno, alla disponibilità a distruggere storia e cultura degli infedeli ed a sovvertire contemporaneamente i regimi corrotti ed apostati dello stesso mondo musulmano. Ed a sua volta, anche il termine «fondamentalismo» non può essere confuso con la posizione di chi predica la violenza per l'affermazione della religione islamica.

Si tratta di conclusioni cui si può agevolmente pervenire, nell'ottica e sulla base dell'esperienza dell'investigatore, grazie alle dichiarazioni rese dai collaboratori processuali che in Italia, anche in questo campo, si sono manifestati e all'analisi del contenuto di documenti ideologici diffusi a livello internazionale tramite il web o sequestrati nel corso di varie indagini: univocamente essi dimostrano che la distorta prospettiva propria dei terroristi costituisce la ragione principale dei loro comportamenti, mentre non riveste praticamente alcun rilievo la mera aspirazione a liberare specifici territori occupati e popoli oppressi. Le varie «guerriglie» o «guerre», di volta in volta in atto o imminenti, anzi, costituiscono mere occasioni – per quanto importanti – per attuare un programma di lotta che è assai più vasto e che, nel dare concreto significato alla parola Jihad, si propone l'obiettivo di riportare la legge islamica «pura» e il Califfato agli stessi confini della sua massima espansione storica, comprese parti delle terre spagnole e dei Balcani. Non penso che i *leaders* di IS credano

davvero che questo obiettivo sia raggiungibile, ma intanto lo diffondono: e questo paga in termini di attrazione!

In questa cornice che racchiude attività e programmi di tutti i gruppi, di diverso e nuovo – rispetto alle modalità di azione di quelli oggetto delle inchieste dello scorso decennio – vi è solo la sopravvenuta capacità di sfruttare la modernità e le potenzialità del web ai fini della propaganda, dell'arruolamento e persino dell'addestramento. È una capacità, ripeto, anche di attrazione, che è emersa e si è sviluppata negli ultimi due-tre anni, soprattutto ad opera dell'IS (prima denominato ISIS o ISIL)² che ha così visto crescere le proprie milizie e le possibilità di impegno nei territori di guerra.

Sul tema della definizione di questo terrorismo, si veda anche *Perché è giusto non chiamare "islamico" il terrore dell'IS*, di Fareed Zakaria (La Repubblica, 21.2.2015), a commento di analoga posizione espressa niente meno che dal presidente degli Stati Uniti B.Obama in una pubblica conferenza.

Orbene, io mi sento più vicino alla posizione espressa dal presidente Obama che a quelle di chi – non me ne vorrà il collega – pensa il contrario, arrivando a ritenere che la scelta del velo non sia mai libera per la donna islamica: mi auguro che anche su aspetti come questi si possa pervenire ad una omogeneità di visione circa la pienezza dei diritti delle persone, ma rivendico di avere – come pubblico ministero – chiesto ed ottenuto dal Tribunale di Milano che una donna islamica, dopo la identificazione a volto scoperto in una stanza separata, da parte di una cancelliera, fosse sentita come testimone, in aula, con il volto coperto, come da lei richiesto per motivi religiosi.

Tanto premesso, sono ovviamente d'accordo con Giovanni Salvi sulla necessità di aggiornare le nostre conoscenze rispetto non solo agli "anni di piombo" (che pure

2 Lo Stato Islamico (abbreviato IS) è il gruppo terrorista islamista attivo in Siria e Iraq, il cui attuale capo, Abu Bakr al-Baghdadi, nel giugno 2014 ha unilateralmente proclamato la nascita di un Califfato nei territori caduti sotto il suo controllo. Prima della proclamazione del Califfato, si faceva chiamare Stato Islamico dell'Iraq e al-Sham (comunemente tradotto come Stato Islamico dell'Iraq e della Siria: abbreviato ISIS) o Stato islamico dell'Iraq e del Levante (abbreviato ISIL). L'avere tolto dai precedenti acronimi le due ultime lettere è ritenuto da Renzo Guolo (*Così il popolo della jihad cresce nelle nostre città*, La Repubblica, 24 marzo 2016) il «capolavoro di Abu Bakr al-Baghdadi che è riuscito a dar vita allo "Stato islamico", non più localizzato in Siria ed in Iraq, ma con ambizioni e proiezioni universali: coronate nell'autoproclamazione e nella rifondazione del Califfato. Mossa che nemmeno Osama Bin Laden all'apogeo della sua potenza aveva osato».

hanno partorito la spontanea attitudine della nostra magistratura al coordinamento investigativo ed al virtuoso rapporto di confronto e direzione rispetto alla polizia giudiziaria: patrimonio da diffondere anche fuori dall'Italia), ma anche – aggiungo – rispetto alla evoluzione del terrorismo internazionale che è cambiato sin dai primi anni di questo decennio.

Sono utili in proposito anche le recenti valutazioni e ricostruzioni di Bruno Megale, uno dei più esperti investigatori di cui disponiamo³ secondo cui :

«se da un lato, in Occidente, il biennio 2008/2010 ha fatto registrare un sostanziale arretramento dell'operatività delle organizzazioni terroristiche, duramente colpite dall'attività repressiva anche a livello militare (fino all'uccisione di Osama Bin Laden nel maggio 2010), si è assistito dall'altro al proliferare di episodi criminali frutto di *spontaneismo operativo* svincolato da contesti organizzativi.

Gli eventi politici connessi alle cd “primavere arabe”, che a partire dal 2010 fino al 2012 hanno interessato tutti i Paesi del *Maghreb* e mediorientali, hanno generato l'illusione di un *risveglio democratico nel Mondo musulmano*, suscitando il plauso delle democrazie occidentali che hanno sostenuto questo processo di rinnovamento (la rivoluzione di Facebook) nella convinzione che i *germi* della democrazia innescassero irreversibili cambiamenti in tutta l'area. Ma le sommosse nei Paesi musulmani, dopo una prima fase di entusiasmo generalizzato, hanno ampiamente disatteso le aspettative. Nella realtà la rivolta popolare, propagatasi rapidamente in tutta la regione anche per il peggiorare delle condizioni sociali dovute alla crisi economica, se da un lato ha avuto gioco facile nel collasso dei Governi tacciati di nepotismo e corruzione, dall'altro non ha trovato una efficace sponda nel mondo laico per la mancanza di partiti o formazioni in grado di trasformare le istanze *rivoluzionarie* in un nuovo progetto politico. Ciò ha determinato nel tempo l'affermazione in tutti i Paesi dei movimenti islamisti, gli unici capaci di intercettare il consenso delle masse in virtù della loro organizzazione e del radicamento sul territorio, nonché della capacità di attendere ai bisogni primari della popolazione attraverso il sostegno delle moschee.

Oggi l'illusione occidentale è naufragata di fronte all'affermazione dello Stato Islamico, che ha saputo convogliare tutte le risorse islamiste sul terreno con migliaia di

3 Le parole qui riportate sono tratte da un relazione tenuta nel gennaio del 2016 del dr. Bruno Megale, già dirigente della Digos della Questura di Milano ed ora Questore a Caltanissetta, presso la Scuola superiore della magistratura di Scandicci (FI).

combattenti provenienti dai campi tunisini e libici, ma anche volontari dall'Europa e dal Nord America. Un rigurgito islamista che ha prodotto i suoi effetti anche in Europa e negli Stati Uniti con azioni di terrorismo ascrivibili a lupi solitari, alimentati da una miscela di pensiero islamico/radicale e risentimento antioccidentale.

Il 29 giugno 2014 Abu Bakr al Baghdadi ha proclamato la nascita del Califfato (*Khilafah*) nei territori dello *Sham*, compresi tra Siria ed Iraq sunnita, che ha assunto la denominazione di Stato Islamico. Il Califfato nella tradizione islamica incarna infatti la società perfetta del Profeta Muhammad e dei primi quattro Califfi (i *rashiduna* - ben guidati), e racchiude in sé l'idea originaria dell'unicità del mondo musulmano (*Ummah*) sotto la guida di una figura autorevole che abbia il consenso di tutta la comunità.

L'autoproclamato Califfo pur non ottenendo alcun riconoscimento formale da parte delle più eminenti figure teologiche del mondo islamico, con il suo gesto di rottura ha prodotto un effetto emulativo delle altre componenti radicali, che si sono affrettate a riconoscerne la *leadership* con un giuramento di fedeltà (*bayat*).

La "proposta politica" di *Abu Bakr al Baghdadi* è stata il detonatore per un rinnovato attivismo di tutti gruppi *jiihadisti* operativi nei teatri africano e mediorientale.

Ansar Al Shariah libica, sotto l'impulso dell'IS, ha dato vita ad un "califfato" nella provincia di Derna poi a Sirte, sottratte al controllo delle autorità centrali; in Somalia i combattenti di *alShabaab* hanno intensificato le operazioni terroristiche nel vicino Kenya; in Nigeria i miliziani di *Boko Haram*, hanno proclamato la nascita di un "Califfato" nel nord del Paese, accentuando il conflitto interconfessionale con azioni stragiste e sequestri di giovani donne nei villaggi a maggioranza cristiana.

Insomma, è cambiato lo scenario internazionale: sotto l'aspetto politico/amministrativo, il Califfato ha imposto un controllo minuzioso su una vasta porzione di territorio tra Siria e Iraq, che amministra in autonomia secondo i dettami della legge islamica, attingendo dal territorio stesso le risorse, anche finanziarie, necessarie alla sua sopravvivenza (sfruttamento delle risorse petrolifere e derivati, pagamento dei tributi etc.); nella capitale Raqqa insistono le più importanti istituzioni, la sede del Governo centrale nel Municipio della città, il Tribunale della Shaaria, il Quartier generale delle operazioni militari. Sotto l'aspetto sociale, infine, l'Is nei territori sotto il suo controllo ha avviato un efficace sistema sanitario, un programma scolastico articolato su 12 classi, un corpo di polizia islamica, anche stradale, per la verifica del rispetto dei precetti shariatici, una polizia di sicurezza ed accesso al Paese con *check-point* di controllo, un puntuale sistema di riscossione tributi e pagamento dei

compensi dei combattenti e dei dipendenti pubblici, oltre ad un sussidio economico per le famiglie con più figli.

L'organizzazione del Califfo *al-Baghdadi*, peraltro, ha una visione *apocalittica* del proprio ruolo e si pone come ultimo argine alla cultura occidentale e alle “devianze” dello stesso mondo islamico, in primo luogo gli sciiti.

Questa logica è sottesa nei video di propaganda diffusi in rete dai militanti dell'Is, in cui sono documentate le atrocità verso i nemici e le spietate esecuzioni dei prigionieri, siano essi soldati iracheni, siriani fedeli al regime, oppure ostaggi occidentali.

Una propaganda che si avvale di meccanismi comunicativi di *immediatezza* ed *ipermediazione* – ovvero la moderna moltiplicazione ed interazione dei media – per raggiungere il maggior numero di destinatari e fare *audience*.

Se tutto è cambiato, è evidente che non si possono semplificare l'analisi e le definizioni del cd. terrorismo islamico, ignorandone evoluzione, nonché guerre civili, divisioni e persecuzioni anche all'interno del mondo islamico. È impossibile ricondurre ad unità o catalogare le varie forme di manifestazione del terrorismo nel mondo: persino la minoranza musulmana ne è vittima nel nord del Myanmar. La confusione regna sovrana anche sulle forme di finanziamento del terrorismo dell'IS: si parla di fonti costituite da traffico di esseri umani e di stupefacenti, ma ancora non sappiamo esattamente dove e quando ciò risulti effettivamente avvenuto. E persino le opzioni belliche nei territori occupati dall'IS, a prescindere da ogni altra considerazione e dal fatto che rientrano nelle competenze politiche, sono rese ancor più difficili dalla impossibilità di distinguere amici da nemici, categorie a loro volta cangianti. Lo affermano anche esperti vertici delle strutture militari.

Occorrono allora, «*per evitare di suicidarci in questo scontro di lungo periodo ... freddezza, pazienza, capacità di assorbire attacchi e provocazioni*»⁴ a partire dalla necessità di non definire questo terrorismo “islamico” *tout court*, poiché, come ancora ricorda Lucio Caracciolo, «*in questo universo paranoico, l'umanità è spartita in cinque famiglie. Dal Bene al Male, dal puro all'impuro: noi giusti, i “cattivi musulmani (sunniti deviati); gli eretici (sciiti e seguaci di altre correnti eretiche); gli ebrei; i crociati, ovvero gli occidentali identificati con un cristianesimo aggressivo*»⁵.

4 L. Caracciolo, *Scacco al terrore in quattro mosse*, *La Repubblica*, 17 novembre 2015.

5 L. Caracciolo, *La strategia della paura*, *La Repubblica*, 1 dicembre 2015.

Finisco i miei rilievi critici ad altri interventi, dicendo che quando si invocano altre vie per il contrasto a questo terrorismo, esse andrebbero meglio specificate. Siamo d'accordo sulla grande importanza delle informazioni raccolte anche in zone di conflitto, ma non sono chiare alcune affermazioni come quelle secondo cui ciò renderebbe «necessario riflettere su come assicurare agli interlocutori la segretezza ... delle metodologie utilizzate, realizzando un bilanciamento tra questa esigenza e quella repressiva», o sul rilievo da attribuire – come in altri Stati europei – «alla raccolta di informazioni al di fuori del diretto controllo giudiziario» o, ancora, sulla necessità di «meglio tarare i rapporti tra repressione e raccolta di dati provenienti dalla *intelligence*». Insomma, io credo che – come le pagine che seguono spero dimostreranno – sia piuttosto necessario sforzarsi di diffondere le regole efficienti e rispettose dei diritti individuali che il nostro sistema già prevede, piuttosto che “tararle” sulle aspettative e sulle non condivisibili visioni della lotta al terrorismo proprie di altri Governi, per di più non solo visibilmente inefficaci, ma spesso contrastanti con i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il che non è certo un mantra inutile e non rischia affatto – come sostiene Massimo Donini – di trasformare la magistratura «in strumento di lotta perdendo il suo carattere di imparzialità a garanzia di tutti». Del suo equilibrio e della sua terzietà, infatti, la magistratura italiana ha già dato ampia prova.

2. Brevi cenni al passato

Ritengo, a questo punto, di dover fare brevissimi cenni al passato: spesso ricordare è necessario ed utile per il presente e per il futuro. In questo caso aiuta a pervenire ad una conclusione che anticipo: le conoscenze dei fenomeni criminali su cui si indaga e le tecniche di accertamento di fatti e responsabilità personali devono essere aggiornate, ma non possono determinare una benché minima lesione del sistema dei diritti individuali il cui rispetto ha caratterizzato l'azione delle nostre istituzioni contro il terrorismo interno, contro la mafia ed altri gravi fenomeni criminali.

Voglio dire, allora, che gli anni di piombo hanno visto la capacità delle nostre istituzioni di affrontare razionalmente e correttamente il terrorismo interno fino a sconfiggerlo alla fine degli anni ottanta. Uso la parola “sconfiggere” anche se allude ad una battaglia o ad una guerra, cioè ad una visione di quegli anni che non mi piace affatto: non vi fu guerra, se non quella unilateralmente dichiarata da ottusi criminali. Siamo stati capaci di vincere quel terrorismo nell'assoluto rispetto delle regole e dei diritti delle persone, anche di quelli dei responsabili di gravissimi reati.

La sintesi del mio pensiero (condiviso da molti giuristi, a partire dal compianto prof. Vittorio Grevi) sta in quella famosa frase – che cito spesso anche quando racconto quegli anni nelle scuole – del presidente Pertini, che disse: «*Abbiamo sconfitto il terrorismo nelle aule di giustizia e non negli stadi*».

Un'affermazione che allude alla correttezza dell'azione istituzionale ed alla centralità dell'azione giudiziaria: la magistratura italiana, infatti, può rivendicare di avere rivestito, insieme alla polizia giudiziaria, un ruolo decisivo nel contrasto del terrorismo interno (quello, appunto, dei cosiddetti “*anni di piombo*”).

Proprio negli anni più bui di quel terrorismo, cioè negli anni '70 e durante buona parte degli anni '80, la magistratura fu capace di esprimere un eccellente livello di professionalità: specializzazione, lavoro di gruppo, coordinamento spontaneo tra uffici giudiziari, scambio immediato delle notizie, raccordo effettivo e virtuoso con la polizia giudiziaria, capacità di gestione di un fenomeno divenuto quasi di massa come quello dei “*pentiti*” e rispetto delle garanzie degli imputati furono i fattori che ne caratterizzarono l'azione.

Una correttezza che si manifestò anche nella interpretazione ed applicazione di una legislazione che qualche commentatore, non sempre in buona fede, continua a definire “emergenziale”. Si allude, con tale definizione, a presunti strappi al sistema dei diritti da cui quella legislazione sarebbe stata caratterizzata trascurando il fatto che fu, invece, utile nella individuazione di strumenti adeguati per la sconfitta del terrorismo interno e che proprio magistrati e forze di polizia seppero disinnescarne alcune criticità.

Va anche doverosamente sottolineato che pubblici ministeri e giudici istruttori, in quegli anni, non intrattennero – salvo che in un caso riguardante lo stragismo di destra, da cui scaturirono polemiche ed un processo penale – rapporti funzionali con i Servizi d'informazione ma solo con la polizia giudiziaria: non certo per preconcepita ed ingiustificata diffidenza nei confronti dei primi, ma per la precisa consapevolezza della diversità di ruoli e competenze tra polizia giudiziaria e Servizi stessi. Non a caso per i Servizi, riformati nel '77, fu previsto l'obbligo di riferire le notizie di reato alla polizia giudiziaria, tramite i rispettivi vertici: un obbligo che permane con la riforma del 2007⁶ e che consente di evitare sovrapposizioni di interventi forieri di equivoci ed errori.

6 Il tema delle diverse competenze di Pg e Servizi d'informazione verrà comunque trattato più avanti, anche con riferimento all'attualità.

Ed infine non si manifestò affatto la singolare ed anomala tendenza di alcuni procuratori generali ad assumere alcune improprie funzioni di coordinamento investigativo che si va attualmente manifestando rispetto al terrorismo internazionale.

3. Il rifiuto della teoria della *War on Terror*

Saltando in avanti, in particolare alla fine degli anni novanta ed alla progressiva “esplosione” del terrorismo internazionale, o del cosiddetto terrorismo islamico, abbiamo saputo dire “no!” alla teoria statunitense della Wot (*War on Terror*) o guerra al terrorismo, che non solo comporta la pratica delle *extraordinary renditions*, delle connesse torture e la creazione del cosiddetto “sistema Guantanamo”, ma che ha determinato deviazioni dallo Stato di diritto che giudico inaccettabili e che tali sono state recentemente ritenute anche dal Senato americano⁷. E tali deviazioni si sono manifestate anche in Paesi a noi vicini, quasi come reazioni “istintive” al terrorismo, nel solco delle scelte statunitensi proprie dei *Patriot Acts* (il noto pacchetto composto da vari provvedimenti tra leggi *tout court* e *Presidential Orders*). Di qui il rafforzamento delle competenze tipicamente proprie degli apparati di polizia e di *intelligence*, che, a titolo di esempio, ha portato all’introduzione, in Gran Bretagna, del fermo dei sospetti terroristi per ben ventotto giorni (ma l’allora premier inglese Gordon Brown avrebbe preferito un termine di quarantadue giorni) o dell’uso esteso dei *control orders* (fortunatamente oggetto di una decisione unanime di nove giudici della House of Lords del giugno 2009 che li ha praticamente cancellati), vale a dire provvedimenti amministrativi contenenti pesanti restrizioni della libertà (sorveglianza elettronica, limite orario di rientro nell’abitazione privata, divieto di incontro con determinate persone e di frequentazione di determinati luoghi, divieto di usare il telefono e di guidare, preghiere in moschee ecc.) adottati nei confronti di persone sospettate di attività terroristiche, che non potevano essere legalmente processate a causa della segretezza imposta sulle fonti di prova o di sospetto a loro carico. In Francia esiste ancora la *garde à vue*, che consente alla polizia

7 Il 9 dicembre del 2014, il Senato Usa ha diffuso un rapporto di circa 500 pagine (“rapporto Feinstein” dal nome della presidente della Commissione sull’*intelligence* del Senato, la democratica californiana Dianne Feinstein), fondato anche sulle ammissioni di molti dirigenti della Cia, rendendo ufficialmente note le torture di ogni tipo (*water-boarding* incluso) e la prassi delle *extraordinary renditions*, attuate dalla stessa Cia per circa un decennio nel quadro di una inaccettabile strategia di lotta al terrorismo internazionale, proprio in quella sede giudicata inutile rispetto al dichiarato obiettivo di contrasto del terrorismo internazionale.

di detenere e interrogare i fermati per terrorismo per quattro giorni, in assenza di intervento di magistrati e di avvocati, ciononostante ottenendo dichiarazioni costituenti prove valide nei processi. L'affievolirsi dei controlli giurisdizionali è diventata persino eclatante nelle norme in materia di espulsioni degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo che si diffondono in ogni parte d'Europa.

Anche a tutto questo, e ad altro ancora, l'Italia ha saputo dire di “no”, nonostante l'approvazione di leggi specificatamente destinate a contrastare questo fenomeno sia intervenuta all'indomani di tragedie vere e proprie

4. La normativa italiana in tema di terrorismo internazionale: cenni

La specifica normativa in tema di terrorismo internazionale ha riguardato i settori del diritto penale, della procedura penale, della esecuzione delle pene, delle misure di sicurezza, della attività di prevenzione, delle espulsioni degli stranieri, della organizzazione della magistratura e delle forze di polizia, del coordinamento investigativo, della raccolta di dati personali, nonché la disciplina amministrativa di una serie di attività ritenute degne di attenzione a fini di prevenzione di rischi di attentati. E le direttive internazionali in materia di terrorismo sono state recepite in Italia – pur se con molti vuoti – attraverso gli interventi normativi più importanti, cioè quelli intervenuti dopo l'11.9.01 e dopo gli attentati di Londra del luglio del 2005.

Questo, comunque, l'elenco di tali interventi:

- i tre Decreti Legge emanati dopo l'11 settembre 2001⁸, tra cui il più importante è

8 Questi, più in dettaglio, i provvedimenti cui ci si intende riferire:

- Decreto legge 28.9.2001 n. 353, convertito nella legge 27.11.2001 n. 415 recante «*Disposizioni sanzionatorie per le violazioni delle misure adottate nei confronti del regime dei Talebani*»;
- Decreto legge 12.10.2001 n. 369, convertito nella legge 14.12.2001 n. 431 recante «*Disposizioni urgenti per contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale*», che ha introdotto il Comitato di sicurezza finanziaria, costituito presso il ministero dell'Economia e delle Finanze e disciplinato la procedura di congelamento dei beni di persone ed associazioni sospette;
- Decreto legge 18.10.2001 n. 374, convertito nella legge 15.12.2001 n. 438 recante «*Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*», che ha costituito l'intervento normativo più rilevante e che, tra l'altro, ha introdotto (al di là di quanto si dirà appresso):

sicuramente il dl 18.10.2001 n. 374, convertito nella legge 15.12.2001 n. 438 che, con modifiche del codice penale e del codice di procedura penale, ha rimodulato le norme già esistenti per fronteggiare il terrorismo interno, in particolare introducendo il reato di «*associazione con finalità di terrorismo internazionale*» (art. 270-bis cp), e prevedendo, sul versante procedurale, la competenza distrettuale per i reati con finalità di terrorismo, nonché altre innovazioni atte a rinforzare le possibilità investigative.

Tra queste vanno citate, in relazione al tema qui in discussione (tecnologie e strumenti per raccolta dati a fine investigativo), le seguenti possibilità che verranno appresso illustrate:

- a) quella di effettuare intercettazioni in via preventiva, su autorizzazione del pm, i cui esiti, come è noto, non possono avere valenza probatoria e processuale;
- b) quella di effettuare operazioni sotto copertura.
- il dl 27 luglio 2005, n. 144, conv. con modificazioni nella l 31 luglio 2005, n. 155 (cd. decreto Pisanu), successivo all'attentato di Madrid dell'11 marzo 2004 e, soprattutto, a quello londinese del 7 luglio 2005, che – tra l'altro – ha previsto una migliore definizione della «*condotta con finalità di terrorismo*» (art. 270-sexies cp: tali condotte sono state tipizzate attraverso formule che si ispirano alla nozione di terrorismo internazionale ed alla formulazione adottata dall'art. 1 della

-
- il reato di «*Associazione con finalità di terrorismo anche internazionale*» (nuova formulazione dell'articolo 270 bis del Codice penale);
 - la possibilità, in analogia con quanto previsto nel settore dell'«antimafia», di effettuare intercettazioni telefoniche, ambientali e di flussi informatici in presenza di *sufficienti* indizi di reato e di *necessità* delle intercettazioni (mentre il regime ordinario prevede la presenza necessaria di *gravi* indizi e di *assoluta indispensabilità* delle intercettazioni);
 - in analogia con quanto previsto per il contrasto della mafia, la competenza delle 26 Procure della Repubblica presso le sedi di distretto (e non più delle 166 costituite presso ogni Tribunale) a condurre le indagini in materia di terrorismo, al fine di garantire maggiore specializzazione e concentrazione del sapere investigativo;
 - l'estensione al settore del terrorismo internazionale delle misure di prevenzione personali e reali, originariamente previste per contro la mafia.

Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002)⁹.

Anche in questo caso, in relazione al tema oggetto di questo intervento, vanno menzionate alcune scelte rilevanti:

- a) la possibilità per i direttori dei Servizi di informazione, sul presupposto di una delega politica, di richiedere di essere autorizzati dalle Procure generali presso le Corti d'appello allo svolgimento di intercettazioni preventive¹⁰;

9 Il Decreto-legge 27.7.2005 n. 144 recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale, convertito con legge 31 luglio 2005 n. 155, ha pure introdotto:

- a) il «permesso di soggiorno a fini investigativi» (art. 2 del dl) che nasce dalla logica premiale che già da tempo l'ordinamento italiano prevede nei confronti dei collaboratori processuali in tema di criminalità mafiosa e terroristica (oltre che in vari altri settori criminali);
- b) un complesso di nuove misure specificatamente atte alla prevenzione del rischio di attentati contro l'incolumità pubblica, attraverso l'introduzione di più rigorose regolamentazioni amministrative di attività astrattamente pericolose (in tale direzione vanno le nuove norme integranti la disciplina amministrativa degli esercizi pubblici di telefonia e *internet* di cui all'art. 7, delle attività concernenti gli esplosivi di cui all'art. 8, dell'attività di volo di cui all'art. 9, della prevenzione antiterroristica negli aeroporti di cui all'art. 9 *bis* e dei servizi di vigilanza che non richiedono l'impiego di personale delle forze di polizia di cui all'art. 18);
- c) nuove norme in materia di espulsioni degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo;
- d) la nuova figura di reato di «possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi», validi per l'espatrio, con conseguente ampliamento delle ipotesi di arresto obbligatorio e facoltativo in flagranza di reato, nonché di fermo di indiziati di delitto (artt. 10 e 13);
- e) la estensione da 12 a 24 ore del cd. fermo per identificazione personale, che risponde ad una obiettiva e frequente difficoltà nell'accertamento rapido della reale identità delle persone (specie se provenienti da Paesi extracomunitari) e della genuinità dei loro documenti personali;
- f) nuove previsioni di reati nel Codice penale (l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale – *ex art. 270 quater cp* – e l'addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale – *ex art. 270 quinquies cp* – che prevede la punizione anche della persona addestrata) e la migliore definizione giuridica dei reati di terrorismo (sono state tipizzate – *ex art. 270 sexies* – le «condotte con finalità di terrorismo», attraverso formule che si ispirano alla nozione di terrorismo internazionale ed alla formulazione adottata dall'art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002).

10 Tale potere autorizzativo, come si dirà appresso, è stato poi attribuito al solo Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma.

- b) l'obbligo di identificazione degli acquirenti di schede elettroniche (Sim) per telefonia mobile, di conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico ed il nuovo regime di acquisizione dei dati stessi ai fini processuali di cui si parlerà appresso, comunque previsto sulla base di provvedimenti autorizzativi dell'Autorità giudiziaria.
- c) il dl 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modificazioni nella l. 17 aprile 2015, n. 43, successivo alla strage parigina del 7 gennaio 2015 nella sede del periodico Charlie Hebdo, con cui finalmente è stata istituita la Direzione nazionale antiterrorismo all'interno della già esistente struttura di quella antimafia, così realizzando l'auspicio formulato da circa 25 anni dai magistrati italiani che si sono occupati di terrorismo, nonché dal Csm sin dal 2006. Sono stati dunque estesi al settore del terrorismo poteri e competenze del preesistente Procuratore nazionale antimafia¹¹.

Con l'intervento normativo del 18 febbraio 2015, sempre per la parte che interessa il tema qui in discussione:

- a) è intervenuta una stretta sulla propaganda via web, strumento chiave dell'Is e di altre formazioni terroristiche. Di qui un pacchetto di previsioni mirate, tra cui quella che impone ai *providers*, su richiesta dell'Autorità giudiziaria procedente, di inibire l'accesso ai siti utilizzati per la propaganda terroristica o, su decreto motivato del pm ed in presenza delle condizioni di legge (vedi appresso),

11 Non appare necessaria, in questa sede, l'illustrazione dettagliata del contenuto del dl in questione che, comunque, ha anche introdotto o modificato varie norme penali e procedurali, nonché modifiche in materia di misure di prevenzione personali e di espulsione, nella parte relativa alle «*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*» (artt. 1-10, eccetto l'art. 5), puntando innanzitutto a colpire le nuove modalità con cui si manifesta, da circa due anni, la minaccia terroristica e così a sanzionare il comportamento dei cd. *foreign fighters* o "lupi solitari", nonché i terroristi che da soli si addestrano via web e isolatamente agiscono, prevedendo un aggravante «*se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici*» (nuovo co. 2 dell'art. 270 *quinquies* cp introdotto con il co.3, lett. "b", dell'art. 1 del dl).

Con l'art. 6 e l'art. 8 del dl n. 7/2015, vengono rispettivamente introdotte «*Modifiche al decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155*» (cioè al provvedimento già prima ricordato varato dopo gli attentati di Londra del 7 luglio 2005) riguardanti l'attribuzione di nuovi compiti alle Agenzie di Informazione (colloqui investigativi con detenuti ed internati al solo fine di acquisire informazioni per la prevenzione dei delitti con finalità terroristica di matrice internazionale) e al sistema delle garanzie funzionali degli appartenenti alle stesse Agenzie.

di rimuoverli. Presso il ministero dell'Interno sarà tenuto un elenco aggiornato dei siti in questione¹²;

12 Ci si riferisce all' art. 2 del dl (*«Integrazione delle misure di prevenzione e contrasto»*), secondo cui:

1. *Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:*
 - a) *all'articolo 302 (Istigazione a commettere alcuni dei delitti previsti dai capi primo e secondo), primo comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La pena è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.»;*
 - b) *all'articolo 414 (Istigazione a delinquere) sono apportate le seguenti modificazioni:*
 - 1) *al terzo comma è aggiunto, infine, il seguente periodo: «La pena prevista dal presente comma nonché dal primo e dal secondo comma è aumentata se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.»;*
 - 2) *al quarto comma è aggiunto, infine, il seguente periodo: «La pena è aumentata fino a due terzi se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.»*
2. *Ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 9, commi 1, lettera b), e 2, della legge 16 marzo 2006, n. 146, svolte dagli ufficiali di polizia giudiziaria ivi indicati, nonché delle attività di prevenzione e repressione delle attività terroristiche o di agevolazione del terrorismo, di cui all'articolo 7-bis, comma 2, del decreto-legge 27.luglio.2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31.luglio.2005, n. 155, l'organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione, fatte salve le iniziative e le determinazioni dell' autorità giudiziaria, aggiorna costantemente un elenco di siti utilizzati per le attività e le condotte di cui agli articoli 270-bis e 270-sexies del codice penale, nel quale confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria richiamati dal medesimo comma 2 dell'articolo 7-bis del decreto-legge n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005.*
3. *I fornitori di connettività, su richiesta dell' autorità giudiziaria procedente, inibiscono l'accesso ai. Siti inseriti nell'elenco di cui al comma 2, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni tecniche individuate e definite con il decreto previsto dall'articolo 14-quater, comma 1, della legge 3 agosto 1998, n. 269.*
4. *Quando si procede per i delitti di cui agli articoli 270-bis, 270-ter, 270-quater e 270-quinquies del codice penale commessi con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies del codice penale, e sussistono concreti elementi che consentano di ritenere che alcuno compia dette attività per via telematica, il pubblico ministero ordina, con decreto motivato, ai fornitori di servizi di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, ovvero ai soggetti che comunque forniscono servizi di immissione e gestione, attraverso i quali il contenuto relativo alle medesime attività è reso accessibile al pubblico, di provvedere alla rimozione dello stesso. I destinatari adempiono. all'ordine immediatamente e comunque non oltre quarantotto ore dal ricevimento della notifica. In caso di mancato adempimento, si dispone l'interdizione dell'accesso al dominio internet nelle forme e con le modalità di cui all'articolo 321 del codice di procedura penale.*
5. *All'articolo 9, comma 9, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, dopo le parole: «Guardia di finanza» sono inserite le seguenti: «nonché al Comitato di analisi strategica antiterrorismo».*

- b) con l'art. 7 del dl n. 7/15, vengono previste «*Nuove norme in materia di trattamento di dati personali da parte delle Forze di polizia*» (se ne parlerà più avanti).

Gli interventi normativi del 2001, 2005 e 2015 hanno avuto una comune caratteristica: sono stati varati nella forma del decreto legge, quindi del provvedimento d'urgenza, venendo tutti convertiti in legge con grandissima maggioranza parlamentare.

Tuttavia, nonostante le logiche emergenziali da cui erano ispirate ed i tragici contesti in cui è avvenuta la loro approvazione, anche quelle leggi hanno rispettato i limiti che ogni democrazia deve darsi pur quando persegue esigenze di contrasto di gravi fenomeni criminali e di tutela della sicurezza.

Certamente anche in questi casi sono stati individuati dagli studiosi aspetti criticabili: la legge Pisanu del 2005 e quella del febbraio del 2015, ad esempio, diversamente dalle leggi del 2001, sembrano essersi adeguate alla filosofia degli interventi legislativi di molti altri Stati europei, in qualche modo tendendo a privilegiare le competenze degli apparati di *intelligence* ed a svincolare l'azione antiterrorismo dalla direzione e dal controllo degli uffici del pubblico ministero.

Ma in generale, come si è detto, si tratta di provvedimenti che appaiono coerenti con la scelta del nostro Paese, immediatamente seguita ai tragici eventi newyorkesi, di rinunciare a strumenti incompatibili con le regole di uno stato di diritto, ricercandosi invece:

- un'ulteriore progressione del processo di estensione ai procedimenti in materia di terrorismo di istituti nati per il contrasto della criminalità organizzata mafiosa;
- il rafforzamento, anche in ambito e per finalità extra-processuali, delle potestà di raccolta ed utilizzazione di informazioni utili alla penetrazione conoscitiva del fenomeno e all'accertamento dei reati, il tutto sotto il controllo dall'autorità giudiziaria e dunque in modo costituzionalmente sostenibile, pur in presenza di inevitabile compressione di correlate sfere di "privatezza" e libertà individuali.

Non si può neppure sottovalutare il fatto che, anche grazie alle leggi del 2001 e del 2005 (mentre per quella del 2015 si deve ancora attendere per valutarne le ricadute sulle indagini), l'Italia ha conseguito eccellenti risultati nell'attività di contrasto del terrorismo internazionale, tanto che, comparando i dati relativi ai processi celebratisi in questo settore in Europa, è risultato evidente che gli esiti dei procedimenti celebratisi in Italia sono tra i migliori, se consideriamo i numeri delle condanne definitive.

Si potrebbe anche prudentemente aggiungere un'ulteriore considerazione circa il fatto che l'Italia è fortunatamente rimasta esente da attentati e da stragi di matrice terroristica. L'unico tentativo di attentato ad opera di un kamikaze, infatti, è stato quello verificatosi a Milano nel 2009 ad opera di un libico¹³, che ha ferito solo se stesso, perdendo una mano e la vista. Ciò è sicuramente frutto della grande professionalità della nostra polizia giudiziaria, ma non si deve escludere la ricaduta positiva di un sistema di leggi, dimostratosi insieme efficace e rispettoso dei diritti delle persone indagate. Tornano in mente le parole di una sentenza del 2004 scritta dal Presidente della Corte suprema israeliana: *«Guardando alla lotta dello Stato contro il terrorismo che si leva contro di esso, siamo convinti che, alla fine del giorno, una lotta condotta in conformità alla legge ne rafforzerà la forza e lo spirito. Non c'è sicurezza senza legge. L'osservanza delle previsioni della legge è un aspetto della sicurezza nazionale»*.

Eppure, nonostante questo quadro confortante, la magistratura italiana continua ad essere accusata di peccare di eccesso di garantismo: recentemente il giornalista Angelo Panebianco ha parlato di *«tratto timido dei magistrati»*¹⁴ nel contrasto del terrorismo internazionale, quasi che abbassare il livello delle garanzie per indagati ed imputati sia condizione del successo contro questo tragico fenomeno criminale. Al giornalista ha dato ragione persino un ex sottosegretario all'Interno, il magistrato Alfredo Mantovano¹⁵. Francamente – e senza giri di parole – trovo queste posizioni inaccettabili.

Deve essere invece chiaro che la nostra democrazia non può tornare indietro di

13 Il 12 ottobre 2009, a Milano, attorno alle 7.30, all'ingresso della caserma «Santa Barbara» dell'esercito di piazzale Perrucchetti, proprio dinanzi al posto di controllo dell'accesso alla Caserma, il libico Mohamed Game, regolarmente soggiornante a Milano da anni, tentava di far esplodere una bomba rudimentale che portava con sé in una borsa. Si scopriva, poche ore dopo l'attentato, che era stato lui stesso a fabbricare l'ordigno, utilizzando sostanze chimiche da lui acquistate in un negozio di prodotti per l'agricoltura. Un soldato di guardia aveva fermato il libico che stava tentando di entrare in Caserma e lui aveva innescato immediatamente l'esplosivo che portava in una borsa. Fortunatamente, nessun militare era rimasto ferito, mentre l'attentatore aveva perso una mano e la vista. Non è emersa prova di collegamenti fra il libico e possibili centrali terroristiche internazionali: un classico caso di «terrorismo fai da te», di fanatici che si avvicinano alla pratica del terrore e che, attraverso internet, ne apprendono dogmi ed ideologia, così come, attraverso lo stesso mezzo, studiano le tecniche di fabbricazione in proprio di ordigni esplosivi. Una realtà ben conosciuta anche in altre parti d'Europa.

14 *Corriere della Sera*, 27 novembre 2015.

15 *Corriere della Sera*, 4 dicembre 2015.

un solo passo e che non possono esistere, come qualcuno teorizza, zone grigie nell'affrontare il terrorismo. Non si torna indietro neppure di un millimetro, per la semplice ragione che sui diritti non si tratta. È ovvio che ci troviamo di fronte a fenomeni nuovi, che comportano l'esistenza di scenari di guerra e non sono certo invidiabili coloro che devono prendere decisioni politiche riguardanti le opzioni possibili in quella direzione¹⁶. Ma qui stiamo discutendo di altro, della risposta istituzionale da dare ai fenomeni criminali che si manifestano, anche tragicamente, nei nostri territori.

Ed allora il punto di partenza non può che essere la constatazione del trovarci di fronte ad una forma di criminalità organizzata, pur se caratterizzata da un tratto speciale e da obiettivi particolari e diversi rispetto al terrorismo interno degli anni di piombo e anche rispetto a quello internazionale manifestatosi fino al 2011-2012. Si devono pertanto mettere in campo strumenti di investigazione certo affinati, sempre più specialistici ed in linea con le possibilità che anche a noi – oltre che ai terroristi – offre la modernità. Ma il tutto deve avvenire all'interno di una logica processuale, quella dell'accertamento delle penali responsabilità di chi si associa con complici mossi da identiche pulsioni e commette o progetta attentati, in cui sia previsto e rispettato – per l'indagato e l'imputato – l'esercizio pieno del diritto di difesa. Questo è il quadro in cui dobbiamo operare, quello che meglio tutela i cittadini ed in cui si collocano le valutazioni che seguono.

5. I dati personali, la loro diffusione e la loro raccolta a scopo investigativo

È stato già osservato da molti: viviamo in un sistema di relazioni sociali in cui servirsi delle tante tecnologie che facilitano la vita quotidiana implica che si lascino tracce di ogni tipo: si sa quando si è utilizzato un certo servizio, per quanto tempo, per quale ragione. Si conosce dove ci si è recati, con chi si è viaggiato e con quali soggetti si è eventualmente interagito; persino la spesa alimentare si può ordinare via internet senza necessità di recarsi al supermercato. Questo – e ben altro ancora – deve essere tenuto presente quando affrontiamo il discorso della raccolta dei dati personali e del loro utilizzo in chiave investigativa.

¹⁶ Peraltro, se è vero che atti di terrorismo possono essere realizzati anche in tempo e in zone di guerra, è anche vero che, in condizioni di guerra, trova applicazione il diritto bellico che vive innanzitutto nella Convenzione di Ginevra, nei suoi protocolli addizionali e trova ulteriori e più generali ragioni nel diritto umanitario.

È evidente, cioè, che siamo in presenza di un problema reale per ogni democrazia, poiché la necessità di tutela della privacy non può essere ridotta ad una frase di stile o riproposta con affermazioni di tipo retorico («*dobbiamo garantire la riservatezza dei dati personali*»), senza che alcuna Istituzione si faccia effettivamente carico delle conseguenze. Né è accettabile la ottusa obiezione giustificativa che si sente circolare quando si affronta questo tema, secondo la quale se non si ha nulla da temere non vi è ragione di preoccupazione per la raccolta di miriadi di tracce e per le conseguenti “schede” delle nostre vite e di quelle degli altri.

Dobbiamo invece preoccuparcene perché, come ha scritto *Patrick Radden Keefe*¹⁷, «*Viviamo in un mondo sommerso dai segnali. Partono dai nostri telefoni cellulari e di antenna in antenna arrivano al nostro amico che si trova, magari, in un altro Paese; il tutto nell'ordine di un secondo. L'aria intorno a noi e il cielo sopra di noi sono un'orgia di segnali. Intercettarli è facile come raccogliere la pioggia in una tazza*”.

Insomma, se il continuo progresso sociale consentito dalle nuove tecnologie rappresenta ovviamente un'opportunità che chiunque deve poter sfruttare fino in fondo ai fini del miglioramento della qualità della propria vita, è necessario tenere presente che, almeno tendenzialmente, quanto più tali tecnologie sono sofisticate e quanto più sono utili e semplificano la vita quotidiana, tanto più il loro utilizzo implica che chi se ne serve lasci tracce elettroniche, cioè dati che, anche quando appaiono esteriori e poco invasivi, dicono in realtà molto circa le relazioni intrattenute da una persona. Se poi tali informazioni vengono conservate per periodi sempre più lunghi – come appunto le medesime tecnologie permettono a costi sempre inferiori – allora è possibile ricostruire l'intera rete delle relazioni sociali intrattenute da una persona nel tempo, arrivando in certi casi a ricordare di esse più di quanto gli stessi interessati siano a volte in grado di fare. Cresce così il numero delle banche dati e la loro interconnessione, sia in ambito pubblico che privato. E cresce contemporaneamente la capacità di memorizzare ed analizzare le informazioni raccolte in tali archivi elettronici secondo una estesa pluralità di criteri; ma la conservazione di una singola informazione può pesare sulla vita della persona a cui si riferisce.

Non si può neppure dimenticare che le banche dati cui i Servizi di informazione di molti Stati accedono per finalità di pubblica prevenzione dei rischi, come reso noto dai titolari dei *server* globali, sono ormai sempre più spesso enormi serbatoi predi-

¹⁷ *Echelon e il controllo globale*, Einaudi 2006.

sposti da soggetti privati, dunque orientate da logiche meramente economiche ed aziendali: persino una direttiva sulla protezione cibernetica del gennaio 2013 dell'allora *premier* Monti¹⁸, per vari aspetti discutibile, rischia di favorire tale tendenza che estende, senza autorizzazione giudiziaria, i poteri delle Agenzie di informazione.

I problemi di sicurezza circa il trattamento di questi dati conseguentemente si dilatano tanto che l'assoluta inadeguatezza delle misure di protezione induce i Governi ad emettere provvedimenti ad hoc come quello appena citato ed a pensare a *manager* privati, anziché ad autorità con esperienze istituzionali, quali responsabili della cd. *cyber security* nazionale.

Da tutto ciò – sia ben chiaro – non si può certo pervenire alla inaccettabile conclusione secondo cui si dovrebbe rinunciare all'utilizzo degli strumenti investigativi che, come si è detto, la modernità ed il progresso tecnologico mettono a nostra disposizione.

Infatti – ed è ciò che qui interessa maggiormente – la conservazione crea un bacino di dati personali potenzialmente vastissimo, al quale le autorità giudiziarie e le forze di polizia possono attingere ricavando informazioni a fini di prevenzione o repressione dei reati e che consente loro di creare con maggiore facilità propri archivi elettronici per le medesime finalità.

Ciò è tanto più comprensibile, ove si pensi che i progressi della tecnologia non solo sono sfruttati dalle grandi organizzazioni criminali, ma determinano anche fenomeni delittuosi di più basso livello, capaci, però, di colpire gli interessi di una platea più vasta di cittadini di ogni Stato. Basti pensare ai *computer crimes* o, ancora, alla diffusione dei cosiddetti “furti di identità”, legati al fatto che sempre più spesso si è rappresentati non già dalla propria immagine reale, ma da codici o segni identificativi trasmessi sulle reti di comunicazione elettronica, che possono essere duplicati ed utilizzati impropriamente da persone terze rispetto a quelle cui si riferiscono e appartengono. Crescono anche le possibilità di raccogliere dati personali senza che l'interessato ne abbia consapevolezza: si pensi, ad es., ai *cookies*. Alcuni dati sono necessari per garantire un utilizzo funzionale dei siti medesimi, ma altri determinano solo la raccolta di un gran numero di informazioni su chi naviga in rete, con particolare riferimento ai siti visitati, e quindi ai gusti e agli interessi di tali persone.

18 DPcm 24 gennaio 2013 del presidente del Consiglio *pro tempore* Monti: «Direttiva recante indirizzi per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionale».

Ecco perché è ben comprensibile che gli organi di Polizia si attrezzino a loro volta, con personale specializzato, sfruttando le potenzialità offerte da questa nuova realtà tecnologica, sia per rispondere alle nuove condotte criminali sia per utilizzarle nelle indagini di tipo più tradizionale.

Proliferano così, anche a livello internazionale, le banche dati nate per queste finalità: quelle del Sistema-Schengen, di Interpol, di Europol e di Eurojust ne sono solo un esempio e proprio in virtù del complessivo accrescimento delle potenzialità dischiuse dall'utilizzo delle tecnologie a fini di polizia, alcuni legislatori e talune autorità amministrative si sono spinti fino a consentire alle forze incaricate della tutela della sicurezza pubblica un accesso quasi illimitato ai dati che vengono lasciati nel web da cittadini spesso inconsapevolmente.

Seconda parte

Le possibilità investigative che il sistema italiano prevede grazie a intercettazioni, raccolta dati, tracciamento e operazioni sotto copertura

6. Le possibilità che il sistema italiano prevede per l'analisi dei dati con finalità investigative

Ma è opportuno, a questo punto, passare brevemente in rassegna le possibilità che il sistema legislativo italiano pone a nostra disposizione per l'analisi dei dati che servono alle indagini. Mi riferisco a strumenti nuovi, ma anche a quelli tradizionali ed aggiornati, come intercettazioni telefoniche ed ambientali, intercettazioni preventive degli organi di polizia giudiziaria e delle agenzie di informazione, alle attività sottocopertura nei siti internet, acquisizione di tabulati e tracce varie di traffico di telefonia mobile etc... Se ne ricaverà la conclusione seguente: il sistema italiano di acquisizione dati è efficace e rispettoso dei principi vigenti in materia di tutela della riservatezza.

6.a. Le intercettazioni telefoniche, ambientali e dei dati telematici

Ancora oggi i principali strumenti di indagine utilizzati contro il terrorismo sono costituiti dalle intercettazioni telefoniche, telematiche (soprattutto per quanto riguar-

da il terrorismo di matrice religiosa e confessionale) e da quelle tra presenti (cd. ambientali).

Il regime dei presupposti e delle forme dei provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni nell'ambito del contrasto del terrorismo prevede alcune deroghe al regime ordinario che già erano state previste, in ragione della loro particolare gravità, per i delitti di criminalità organizzata¹⁹.

Con l'art. 3, co. 1, del citato dl 18 ottobre 2001, n. 374, convertito nella legge 15.12.2001 n. 438²⁰, in materia di «Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale», varato all'indomani dell'11 settembre, la predetta normativa è stata estesa al settore del contrasto al terrorismo, ponendo a disposizione della Polizia giudiziaria e dei Pubblici ministeri, contro fenomeni criminali di eccezionale gravità, una più ampia possibilità di utilizzo degli strumenti investigativi costituiti dalle intercettazioni delle conversazioni telefoniche ed ambientali. In particolare, è stata introdotta la possibilità di effettuare intercettazioni telefoniche, ambientali e di flussi informatici in presenza di *sufficienti* indizi di reato e di *necessità* delle intercettazioni (mentre il regime normale prevede la presenza necessaria di *gravi* indizi e di *assoluta indispensabilità* delle intercettazioni).

Si tratta di una scelta che ben si colloca nel solco di altre precedenti (e successive) caratterizzate dall'adozione di normativa speciale per fenomeni che determinano grave allarme sociale. La normativa in tema di intercettazioni telefoniche – come è noto – sottopone al controllo giurisdizionale la valutazione della ricorrenza dei presupposti autorizzativi dei provvedimenti in questione, il che determina una situazione ben diversa da quella conosciuta in altri ordinamenti ove siffatte valutazioni sono affidate ad Autorità politiche o di Polizia.

19 Al riguardo, la disciplina originaria è contenuta nell'art. 13, dl 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, in l 12 luglio 1991, n. 203, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza del buon andamento dell'attività amministrativa.

20 Questo il testo della norma citata: «*Nei procedimenti per i delitti previsti dall'articolo 270-ter del codice penale (ndr: «Assistenza agli associati») e per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 del codice di procedura penale (ndr: «delitti commessi per finalità di terrorismo internazionale o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci, nonché delitti di cui agli artt. 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale»), si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203».*

Appaiono privi di fondamento, peraltro, i rilievi a proposito dei presunti numeri elevati di intercettazioni telefoniche effettuate nel nostro Paese, fondati sulla comparazione dei dati relativi alle intercettazioni effettuate in altre zone d'Europa: sfugge del tutto, ai “censori” del nostro sistema, che in altri Stati europei (in Gran Bretagna soprattutto) gran parte delle intercettazioni telefoniche vengono effettuate dai Servizi d'informazione senza che ne sia possibile (oltre che l'uso processuale) conoscerne le quantità e gli esiti.

V'è da dire che rilievi e polemiche su tali presunti abusi non riguardano per nulla il settore delle indagini per terrorismo e ciò dimostra la strumentalizzazione delle esigenze di tutela della privacy (che dovrebbero valere per tutti) cui si assiste quando le intercettazioni pongono in evidenza rapporti corruttivi o altri reati dei cosiddetti “colletti bianchi”.

Appare corretto, insomma, e quindi da non modificare (fatta salva ogni discussione tecnica sul regime del deposito e del rilascio di copie anche foniche delle registrazioni), il bilanciamento che il nostro sistema conosce tra le esigenze investigative proprie della fase delle indagini preliminari e la tutela del diritto alla riservatezza dei singoli.

6.b. Intercettazioni a mezzo “virus”

È noto anche che l'evoluzione della tecnologia ha determinato possibilità di utilizzo di nuovi strumenti di captazione come l'intercettazione, non ancora oggetto di assetamento giurisprudenziale, a mezzo di un particolare software (cd. *virus*), segretamente installato nel dispositivo da controllare: l'esigenza da preservare, in questi casi, è quella di evitare che l'attivazione di tutte le possibili funzionalità, ad esempio della videocamera o del microfono di uno *smartphone* grazie ad apposito comando inviato da remoto non finisca con il ledere diritti costituzionalmente garantiti, trasformandosi in uno strumento che venga ad accompagnare il soggetto in tutte le manifestazioni espressive della sua vita (privata, familiare, lavorativa), sottoponendolo ad un monitoraggio incontrollato, generalizzato e permanente al di fuori dei casi e dei modi previsti dalla legge ed in contrasto con i diritti di cui agli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost. .

Le prassi e le linee guida operative elaborate in proposito dalle Procure della Repubblica, per quanto è noto, sono ispirate proprio alla necessità di prevenire tali rischi, che avevano indotto la VI sezione della Cassazione, con sentenza n. 27100 del 26 maggio scorso a dichiarare illegittime (con conseguente inutilizzabilità) le intercettazioni ambientali realizzate, a distanza, mediante immissione di *virus* informatici in uno

smartphone capaci di attivare microfono e videocamera. Secondo la Corte, infatti, in tal modo si consentono, oltre i limiti del decreto autorizzativo del gip e i presupposti del codice di rito relativi all'individuazione del luogo ove si stia svolgendo l'attività criminosa, captazioni ambientali ovunque, in qualsiasi luogo e contesto di trovi l'indagato. Di qui, quindi, l'esigenza di escludere l'ammissibilità di modalità investigative che, eludendo codice di rito e decreto del gip, consentano di fatto di sottoporre a un controllo totale, in qualsiasi luogo e momento, l'indagato, in violazione delle garanzie sancite dalla legge a tutela della libertà individuale nelle comunicazioni e nella sfera domiciliare. Tale indirizzo non sembrerebbe, tuttavia, consolidato dal momento che la stessa VI Sezione, il 10 marzo, ha investito delle questioni le Sezioni Unite che si devono ancora pronunciare.

Nel frattempo potrebbe anche pronunciarsi il legislatore nell'ambito della delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni ora all'esame del Senato in seconda lettura. È auspicabile tuttavia che la norma sancisca garanzie non minori di quelle contenute nelle direttive di alcune Procure e, soprattutto, più efficaci di quelle previste dall'emendamento del Governo al ddl di conversione del dl 7/2015, stralciato poi in Aula con cui si intendeva modificare l'art. 266 *bis* del cpp. Tale emendamento, infatti, si limitava ad ammettere le intercettazioni da remoto quale ulteriore modalità di realizzazione delle operazioni captative, senza tuttavia introdurre cautele adeguate al grado di invasività che caratterizza tale strumento investigativo, per le sue stesse peculiarità

6.c. Le intercettazioni preventive ad opera della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza

Il tema delle intercettazioni preventive – con riferimento non solo alla disciplina regolatrice ma anche alle finalità cui sono mirate – è diventato di grande attualità almeno da quando il *New York Times*, alla fine del 2005, ha svelato il programma di intercettazioni segrete (*Terrorist Surveillance Program, Tsp*): si tratta delle intercettazioni telefoniche e di email effettuate durante il periodo dell'amministrazione Bush su cittadini americani, senza autorizzazione del giudice. Un sistema che, per alcune sue caratteristiche, si poneva come eccezione persino rispetto a quanto previsto dal già eccezionale *Patriot Act*. Una lapidaria sentenza del 17 agosto 2006 del giudice federale di Detroit, Anna Diggs Taylor, bollava come «anticostituzionali» le intercettazioni in questione, imponendone la immediata interruzione. Il giudice di Detroit le definiva «un gravissimo abuso di potere da parte del presidente George W. Bush», il quale «nel non rispettare le procedure legislative ha sicuramente violato il Primo e il Quarto emendamento della

Costituzione» [sulla tutela della privacy], nonché «la dottrina della separazione dei poteri e le leggi sulle procedure amministrative»²¹. Durante il processo, la Casa Bianca si era trincerata dietro «motivi di sicurezza nazionale» per rifiutarsi di fornire i dettagli del suo programma segreto e in una nota ufficiale il dipartimento della Giustizia, annunciando il ricorso contro la decisione del giudice, aveva definito il programma della National Security Agency (Nsa) «uno strumento cruciale che dà la possibilità di avere un sistema di preallarme per sventare o impedire attacchi terroristici». Il quotidiano newyorkese, inoltre, è stato accusato di avere recato un grave danno alla sicurezza dello Stato attraverso la pubblicazione dei suoi articoli di denuncia.

Appare opportuno, allora, richiamare la disciplina vigente in Italia in tema di intercettazioni preventive dimostrando che sia quelle ad opera delle forze di polizia giudiziaria che delle Agenzie di Informazione (se ne parlerà nel paragrafo successivo) sono regolate da disposizioni che comunque prevedono il controllo di un'Autorità giudiziaria.

In particolare, la disciplina delle intercettazioni preventive ad opera della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza (in ordine alle quali si sta registrando un aumento delle previste richieste di autorizzazione ad opera degli organi di Polizia giudiziaria a ciò legittimati, probabilmente a seguito dell'emergere del fenomeno dei cosiddetti “*foreign terrorist fighters*”, ancora da esplorare in Italia), è dettata dal già citato dl 18 ottobre 2001, n. 374 approvato dopo l'11 settembre e convertito con legge 15.12.2001 n. 438²².

È bene ricordare che tali intercettazioni preventive, per quanto riguarda la materia del terrorismo:

- sono possibili quando siano necessarie per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione dei delitti di cui all'art. 407 comma 2, lett. A) n. 5 cpp (cioè «*delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costitu-*

21 La sentenza è stata emessa nel caso n. 06-CV-10204 dal predetto giudice dell'Eastern District of Michigan-Southern Division. La causa (*Aclu v. Nsa*) era stata promossa contro la Nsa, l'agenzia nazionale di sicurezza americana, dalla American Civil Liberties Union e da altre associazioni attive nel campo dei diritti umani, nell'interesse di molti cittadini americani che lamentavano di essere stati illegalmente sottoposti ad intercettazioni telefoniche in occasione di conversazioni intercorse per svariate ragioni con persone residenti in Medio Oriente.

22 Ci si vuol riferire, in particolare, all'art. 5, comma 1, che ha sostituito il testo previgente dell'art. 226 Norme di attuazione, coordinamento e transitorie del cpp.

zionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui all'art. 270, terzo comma e 306, secondo comma, del Codice penale»);

- possono riguardare non solo le conversazioni-comunicazioni telefoniche, ma anche quelle cd. *ambientali* e quelle per via telematica (oltre che l'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici).

Le intercettazioni preventive sono autorizzate direttamente dal Procuratore della Repubblica (per un periodo iniziale di 40 gg. e con proroghe di 20 gg. ciascuna) e quindi non è richiesta l'adozione di provvedimenti autorizzativi o di convalida da parte del gip. Gli esiti, naturalmente, non possono costituire prova nei processi, ma possono dar luogo, oltre che ad attività di prevenzione, ad indagini vere e proprie.

La nuova formulazione della norma risente naturalmente della *ratio* generale di rafforzamento dell'attività di contrasto del terrorismo internazionale propria del decreto legge con cui è stata introdotta.

L'art. 5, infatti, anche in questi casi, estende all'attività di prevenzione dei delitti con finalità di terrorismo e di eversione (in generale individuati nel decreto attraverso il sistematico rinvio all'art. 407, comma 2, lett. a, n. 4, cpp) la possibilità di impiego di questo tipo di intercettazioni, in precedenza riservato al settore dei "delitti di mafia".

Va comunque specificato che a generali esigenze di garanzia e di rigorosa verificabilità della corrispondenza dell'agire preventivo ai limiti dell'autorizzazione ricevuta corrispondono l'obbligo, da parte dell'organismo richiedente, di motivare il rilascio delle autorizzazioni e delle successive (eventuali) proroghe ed il regime di documentazione dalle norme citate.

6.d. Le intercettazioni preventive dei Servizi di informazione istituiti con legge n. 801/1977 e riformati, quali Agenzie di informazione, con legge 124/2007, introdotte dal Decreto Pisanu

Con il citato Decreto-legge 27.7.2005 n. 144 (cd. "Decreto Pisanu"), convertito con legge 31 luglio 2005 n. 155, il Parlamento come già s'è detto, ha varato, in conseguenza delle stragi londinesi del luglio 2005, ulteriori norme al fine della più efficace prevenzione e repressione della minaccia terroristica di "matrice jihadista".

In particolare, ha introdotto la possibilità per i direttori dei servizi di informazione, sul presupposto di una delega del presidente del Consiglio dei ministri, di richiedere

di essere autorizzati dalle Procure generali presso le Corti d'appello allo svolgimento di intercettazioni preventive (oltre che all'acquisizione di tabulati telefonici e telematici).

Il testo originario del decreto assegnava al Procuratore generale presso la Corte di cassazione la relativa potestà autorizzatoria, ma tale previsione è stata opportunamente eliminata in sede parlamentare per l'evidente rischio di contaminazione dell'ufficio requirente di legittimità con le logiche tipiche della valutazione prognostica dell'opportunità dell'adozione di invasive tecniche di raccolta informativa.

Al procuratore generale presso la Suprema Corte erano stati dunque sostituiti per l'esercizio di quelle funzioni di controllo i Procuratori generali presso le Corti di appello, una soluzione comunque assai insoddisfacente, trattandosi di uffici che ordinariamente non dispongono del *know-how* necessario per valutare la potenziale interferenza delle attività informative dei Servizi di sicurezza nelle ordinarie attività di investigazione.

Successivamente, con l'art. 12 co. 1 della legge 7 agosto 2012 n. 133, il potere autorizzativo è stato attribuito al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, con conseguente attenuazione dei predetti rilievi critici, che non avrebbero più avuto ragione di essere se tale potere – come era logico – fosse stato attribuito, con il dl n. 7/2015 al Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo competente per il coordinamento investigativo in questi settori.

Risultano comunque rispettati i parametri affermati dalla giurisprudenza della Corte Edu di Strasburgo (di cui si parlerà appresso), tra cui la presenza di un vaglio giudiziale (sia pur non giurisdizionale) che deve però essere un vaglio intrinseco, che possa sindacare l'effettiva ricorrenza dei presupposti prescritti dalle legge per tale tipo di intercettazioni, incluse le proroghe, a carico dei soggetti da sottoporre a controllo.

Una delle caratteristiche di questa nuova normativa può facilmente individuarsi nel rafforzamento, anche in ambito e per finalità extra-processuali, delle potestà di raccolta ed utilizzazione di informazioni utili alla penetrazione conoscitiva del fenomeno, con conseguente estensione dei poteri di intervento autonomo dei Servizi di informazione istituiti con legge n. 801/1977, poi riformati con la legge 3.8.2007, n. 124 e quindi denominati Agenzie di informazione²³.

²³ Per quanto ampiamente noto, va ricordato, ai soli fini che qui interessano, che la disciplina dell'attività e delle competenze delle Agenzie di informazione è regolata dalla legge 3 agosto 2007, n. 124 («Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto»). La legge del 2007

Naturalmente tocca all'Autorità giudiziaria titolare del potere di autorizzazione – cioè la Procura generale della Corte d'appello di Roma – la verifica del rischio di inutili e dannose duplicazioni di attività delle Agenzie rispetto a quelle di Polizia giudiziaria, anche perché, ai sensi dell'art. 23 co. 7 della legge 3 agosto 2007 n. 124: *«I direttori dei Servizi di informazione per la sicurezza e il direttore generale del Dis hanno l'obbligo di fornire ai competenti organi di polizia giudiziaria le informazioni e gli elementi di prova relativamente a fatti configurabili come reati, di cui sia stata acquisita conoscenza nell'ambito delle strutture che da essi rispettivamente dipendono»*

6.e. Tabulati e tracce telefonia mobile

La questione relativa all'acquisizione della documentazione integrale del traffico storico degli apparati telefonici (i cd. tabulati telefonici), visto il grande rilievo probatorio dei dati che è possibile trarne, ha impegnato in passato la giurisprudenza, prima che venisse dettagliatamente regolata con legge.

I tabulati telefonici, come è noto, sono sostanzialmente documenti di natura informatica (ormai solo raramente di natura cartacea) elaborando sistematicamente i quali è possibile desumere i dati relativi alle relazioni personali (desumibili dalla individuazione di conversazioni telefoniche tra numero chiamante e numero chiamato, dall'accertamento dei rispettivi intestatari o degli utilizzatori di tali numeri), alla loro

(che ha cancellato la precedente risalente al 1977) ha modificato innanzitutto le denominazioni dei due Servizi “segreti”: il Sismi (Servizio per le informazioni e la sicurezza militare) ed il Sisde (Servizio per le informazioni e la sicurezza democratica) oggi si chiamano rispettivamente Aise (Agenzia informazioni e sicurezza esterna) e Aisi (Agenzia informazioni e sicurezza interna).

Nei settori di rispettiva competenza, la ricerca ed elaborazione di tutte le informazioni utili è affidata all'Aise in vista della difesa dell'indipendenza, dell'integrità e della sicurezza della Repubblica dalle minacce provenienti dall'estero ed all'Aisi per difendere la sicurezza interna della Repubblica e le istituzioni democratiche ... da ogni minaccia, da ogni attività eversiva e da ogni forma di aggressione criminale o terroristica. Oltre ad altre funzioni, ad entrambi i Servizi è poi affidato il compito di individuare e contrastare le attività di spionaggio dirette contro l'Italia e quelle volte a danneggiare gli interessi nazionali, ma mentre l'Aise opera al di fuori del territorio nazionale, l'Aisi lo fa all'interno di esso. La legge prevede poi un organo di coordinamento dei due servizi, il Dis (Dipartimento Informazioni per Sicurezza), nonché modalità di controllo politico sulla loro attività, affidato al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copasir), equivalente del vecchio Copaco previsto dalla legge abrogata del 1977.

intensità (desumibili dalla durata e frequenza delle conversazioni) e, in alcuni casi, per quanto ovviamente concerne la telefonia mobile, al posizionamento geografico di coloro che conversano ed agli orari di tali posizionamenti (desumibili dal luogo ed orario in cui gli apparati “agganciano” i segnali trasmessi dalle antenne destinate alla copertura delle aree di servizio della telefonia mobile all’atto dell’effettuazione delle conversazioni telefoniche).

Come ben si comprende, trattasi di uno strumento investigativo che, contrariamente alle intercettazioni (il presupposto delle quali è sempre l’attualità della conversazione), consente di rivolgere uno sguardo investigativo anche al passato, scontando come unico limite quello della conservazione temporale dei dati presso le compagnie telefoniche.

Più in generale, si può dire che, negli ultimi 20 anni, lo sviluppo delle nuove tecnologie ha indotto e portato tanti e tali mutamenti negli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali da provocare una sorta di vero e proprio passaggio ad una nuova “era giuridica”, sol che si consideri l’attività normativa che ne è via via scaturita e che ha esteso ai gestori l’obbligo conservazione dei dati di riferimento di ogni comunicazione, telefonica e telematica, per finalità di accertamento e repressione dei reati.

Anche in questo caso è con il cd. “Decreto Pisanu” del luglio del 2005 (delle cui linee generali si è già detto) che il legislatore è intervenuto sull’obbligo di conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico, creando un nuovo regime di acquisizione più agile, più snello, che attribuisce al pm nuove possibilità.

Con l’art. 6, comma 3, in particolare, sono state apportate modifiche (per quanto riguarda tipologia dei dati, tempi di conservazione e modalità di acquisizione degli stessi) all’articolo 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali.

Successivamente, con il Decreto legislativo 30 maggio 2008 n. 109 («Attuazione della direttiva 2006/24/Ce riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/Ce») sono intervenute ulteriori modifiche al contenuto dell’art. 132 Codice privacy:

- l’art. 2 contiene specifiche indicazioni sui tempi di conservazione dei dati di traffico (da un minimo di sei mesi a un massimo di due anni);
- l’art. 3 definisce le «*Categorie di dati da conservare per gli operatori di tele-*

fonia e di comunicazione elettronica», in relazione ad alcuni specifici servizi offerti dai fornitori (telefonia di rete fissa e telefonia mobile, accesso a internet, posta elettronica in internet e telefonia via internet), sempre *per le finalità di accertamento e repressione dei reati*.

È così possibile individuare gli autori di una comunicazione, loro localizzazione, volume e durata del traffico telefonico ed altri dati nell'ipotesi in cui i dati stessi risalgono fino a 24 mesi antecedenti. L'acquisizione è possibile presso i fornitori con decreto motivato del pubblico ministero (anche su istanza del difensore, dell'imputato, dell'indagato, della persona offesa e delle altre parti private) per qualsiasi reato (si pensi alla contravvenzione di molestia) e in assenza del benché minimo *standard* probatorio²⁴. Il difensore di indagato ed imputato può chiedere direttamente al fornitore, invece, i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità dell'art. 391 *quater* cpp (ex art. 132, comma 3 d.lgs n. 196).

Sono clamorosi alcuni esempi e casi concreti di indagini effettuate attraverso l'acquisizione dei dati di telefonia mobile tratti dai cd. tabulati: basti pensare alle indagini sul sequestro di Nasr Osama Muostafa Hassan, *alias* Abu Omar (Milano, 17.2.2003) che hanno portato alla condanna definitiva di 26 imputati statunitensi di cui 25 appartenenti alla Cia (gran parte dei quali identificati attraverso l'analisi dei movimenti di 17 telefoni cellulari, individuati dopo analisi dei dati relativi ad oltre 10.700 presenti nella zona e nella fascia oraria del sequestro) ed a quelle che hanno determinato la cattura in Roma di Osman Hussein, uno degli attentatori di Londra (fatti del 7 luglio 2005) il cui telefono risultava essere stato localizzato in Francia e poi agganciato al suo ingresso in Italia mentre si recava a Roma. Ma molti altri casi – e più recenti – potrebbero essere citati, anche in relazione ad indagini relative a settori criminali diversi da quello del terrorismo.

Ma l'uso di telefoni mobili, i cd. "cellulari", e le tracce che lasciano possono risultare utili anche agli indagati ed ai loro difensori, in quanto acquisibili nell'ambito

²⁴ Prima delle modifiche conseguenti al d.lgs n. 109/2008, era consentita, solo per indagare su delitti connotati da particolare gravità (delitti di cui all'art. 407 co. 2, lett. "a" del cpp) o sui delitti in danno di sistemi informatici e telematici (per i quali l'utilizzo di questo strumento di indagine appare praticamente indispensabile), l'acquisizione degli stessi dati – in base a provvedimento del giudice emesso su istanza del pubblico ministero, del difensore dell'imputato, dell'indagato, dell'offeso e delle altre parti private – per un periodo risalente fino al doppio, e cioè 48 mesi, purché ricorresse un livello probatorio qualificato (sufficienti indizi). Nei casi di urgenza il provvedimento di acquisizione poteva essere emesso dal pm, con successiva convalida da parte del Giudice.

di attività investigative difensive o tramite istanza rivolta al pubblico ministero²⁵, per provare il fondamento di un alibi addotto e, dunque, la propria non colpevolezza: un indagato potrebbe dimostrare, ad esempio, di essersi trovato in luogo diverso da quello di consumazione del delitto attribuitogli. O meglio, potrebbe provare la localizzazione in area diversa dal teatro del delitto del telefono mobile da lui normalmente utilizzato, con onere ulteriore di provare che egli ne sia stato, in quel momento, l'utilizzatore.

Le prescrizioni fin qui descritte potrebbero peraltro variare a seguito di una modifica del quadro normativo europeo, tanto più probabile dopo la declaratoria di illegittimità della direttiva 2006/24/Ce (di modifica della direttiva 2002/58) da parte della Corte di giustizia con la sentenza *Digital Rights* dell'8 aprile 2014. La Corte ha infatti ritenuto che la particolare invasività di questo strumento investigativo (che per sua natura comporta la conservazione dei dati di ciascun cittadino, per consentire eventualmente l'acquisizione in sede processuale dei soli dati degli indagati) non fosse, nella direttiva, temperata da correttivi adeguati, in base alla gravità del reato per il cui accertamento si proceda, al termine di conservazione dei dati stessi e al vaglio giurisdizionale (o comunque di un'Autorità terza) che, nella direttiva, non era previsto come necessario. Tali carenze integrerebbero quindi, secondo la Corte, una violazione del principio di proporzionalità tra diritto alla protezione dati ed esigenze investigative.

6.f. Le operazioni di tracciamento e di positioning (localizzazione) dei telefoni mobili

I dati esterni alla comunicazione possono essere non solo *raccolti* quando ormai la comunicazione è avvenuta da tempo, e quindi sotto forma di documento "storico" (come avviene, appunto, con l'acquisizione dei tabulati), ma possono anche essere acquisiti in tempo reale, ovvero in contemporanea alla comunicazione.

Questa operazione, che fornisce alle autorità inquirenti i dati esterni alla comunicazione contemporaneamente alla fonia, viene definita "tracciamento" e altro non è che un effetto tangibile dell'eccezionale evoluzione tecnologica di quella che, con le vecchie centrali elettromeccaniche, si chiamava "blocco" della chiamata: attraverso il "blocco" – cioè l'arresto degli organi di commutazione del circuito su tutta la rete –

²⁵ Ai sensi dell'art. 358 cpp, infatti, il pm è tenuto a svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini.

si poteva materialmente seguire il tracciato della comunicazione all'interno della rete stessa e così individuare la linea del soggetto chiamante.

La tecnica del “blocco della chiamata” è stata utilizzata soprattutto negli anni ‘70 nelle indagini concernenti i sequestri di persona a scopo di estorsione; anzi, prima che tale tecnica di investigazione diventasse nota ai criminali, furono numerosi i casi di “telefonisti” di bande di sequestratori arrestati mentre, in lunghe conversazioni telefoniche, contrattavano con le famiglie del sequestrato o con loro emissari il pagamento del riscatto e le sue modalità.

La prestazione del “tracciamento”, pur avendo una propria autonomia logica, materiale e giuridica, viene tipicamente fornita dall'operatore (destinatario del provvedimento dell'Autorità giudiziaria) unitamente a quella di “intercettazione” dei contenuti effettivi della comunicazione; dati esterni e contenuti vengono poi trasmessi agli impianti installati nella roccia della Repubblica per la loro conservazione nel tempo.

Ma può anche accadere che gli organi di indagine dispongano la sola attività di tracciamento, ovvero che le due prestazioni siano disgiunte.

Ad esempio, l'evenienza ricorre quando si è in possesso del solo numero seriale identificativo dell'apparecchio telefonico mobile in senso fisico (il cd. codice Imei): in questo caso il tracciamento del terminale è un passaggio obbligato per identificare in tempo reale la Sim Card a esso associata, che potrà poi essere oggetto di ulteriore intercettazione di fonia.

Un'ulteriore progresso tecnologico nell'attività di tracciamento è rappresentata dalla tecnica del cd. *positioning* (o di localizzazione).

Si è già detto, che i gestori telefonici conservano i dati relativi ai servizi forniti ai loro clienti per il periodo massimo consentito dalle norme di legge. Ma i tabulati di traffico telefonico si riferiscono *esclusivamente* ai dati che, originariamente, sono autorizzati a trattare per le necessità di natura “commerciali” (telefonate, sms, etc.) e per gli apparati mobili comprendono l'indicazione della stazione radio impiegata al momento della effettuazione o della ricezione della chiamata.

Essi non annoverano pertanto alcuna informazione nel momento in cui il terminale mobile, anche spostandosi, non effettua o riceve alcuna chiamata.

Sempre su preventiva richiesta dell'Autorità giudiziaria, per i telefoni cellulari – quando sono regolarmente connessi ad una rete – può essere acquisita l'informazione circa la loro collocazione geografica (la precisione dipende dalla elaborazione di una

serie di fattori) anche in assenza di chiamate: tale servizio, realizzabile anche non in presenza di eventi di comunicazione, differisce pertanto da quello di intercettazione o di tracciamento che si può attivare solo in presenza di eventi di comunicazione.

6.g. L'attività sottocopertura. In particolare quella rispetto ai siti internet

I dati utili per le indagini giudiziarie, sempre più frequentemente, possono essere anche desumibili dal *web*²⁶, dalle *banche dati on line* (che costituiscono vere e proprie “collezioni” di informazioni specializzate, generalmente accessibili via internet e tramite abbonamento) e dalle *e-mails* (posta elettronica tra persone ovunque localizzate)

Orbene, anche l'attività sottocopertura rispetto ai siti internet è oggi possibile e ben disciplinata in Italia.

Con l'art. 4, c. 2 del citato dl n. 374/2001, conv. nella l 438/2001 (*post* 11 settembre), che costituisce la risposta speculare rispetto all'accertato utilizzo della rete internet da parte dei gruppi terroristici, si è infatti previsto che gli ufficiali ed agenti di Polizia giudiziaria specializzati, al fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo anche internazionale, possono utilizzare indicazioni e documenti di copertura anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero entro le 48 ore successive all'inizio delle attività.

L'esecuzione di tali operazioni è disposta, secondo l'appartenenza del personale di Polizia giudiziaria, dal Capo della Polizia di Stato o dal Comandante generale dell'Arma dei Carabinieri o della Guardia di Finanza per le attribuzioni inerenti ai propri compiti istituzionali, ovvero, per loro delega, rispettivamente dal Questore o dal responsabile di livello provinciale dell'organismo di appartenenza, ai quali deve essere data immediata comunicazione dell'esito della operazione.

²⁶ *Internet*, come è noto, sta diventando il principale “media” attraverso cui è possibile ottenere e diffondere gratuitamente documenti ed informazioni di ogni genere, anche se non certificate: anche i gruppi criminali, in particolare le associazioni con finalità terroristiche vi fanno spesso ricorso per il raggiungimento dei loro obiettivi. A tal proposito, Gilles Kepel, in un articolo pubblicato su *La Repubblica* del 27.7.05, sottolineava che «il Web è stato preso in ostaggio dai gruppi estremisti, che lo usano per aggirare la censura di Stato, accelerando la circolazione delle idee, delle informazioni, delle parole d'ordine jihadiste. S'è creato, così, un nuovo spazio planetario, un'Umma digitale».

L'organo che dispone l'esecuzione dell'operazione, inoltre, deve dare preventiva comunicazione al pubblico ministero competente per le indagini, indicando, quando richiesto, anche il nominativo dell'ufficiale di Polizia giudiziaria responsabile dell'operazione. Il pubblico ministero deve essere informato altresì dei risultati dell'operazione.

Questa previsione denota la preoccupazione del legislatore di disciplinare attentamente attività astrattamente suscettibili di determinare una massiccia invasione della *privacy* dei cittadini. Infatti, si tratta di operazioni che possono essere effettuate solo dagli ufficiali di Polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e della Guardia di Finanza specializzati nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo anche internazionale.

Con l'art. 7 *bis*, c. 2 del cd. "Decreto Pisanu" n. 144/2005 (conv. nella l. n. 155 del 31.7.05), si è poi previsto che, per la prevenzione e repressione delle attività terroristiche o di agevolazione del terrorismo condotte con i mezzi informatici, le stesse operazioni sotto copertura, così come le intercettazioni preventive, possano essere effettuate anche dagli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti all'«*organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e per la regolarità dei servizi di telecomunicazione*».

A proposito di questo tipo di attività, deve essere infine citata anche la Legge 16/03/2006 n. 146 di ratifica della convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, in base alla quale (art. 9) i nostri reparti specializzati possono, anche avvalendosi di ausiliari, utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e, comunque, non oltre 48 ore dall'inizio delle attività per indagini antiterrorismo, nonché tenendolo al corrente dello svolgimento e dei risultati delle operazioni. Gli stessi ufficiali di polizia giudiziaria, previa autorizzazione, possono attivare siti nelle reti, realizzare e gestire aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi informatici, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con gli altri Ministri interessati. Con il medesimo decreto sono stabilite altresì le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi.

Questa possibilità è molto importante, anche se l'attività sottocopertura nei siti internet e la necessità di efficaci interventi di monitoraggio dei siti stessi costituiscono tipica materia da disciplinare a livello di accordi internazionali, essendo noto, ormai, che il modo di agire e far propaganda dei gruppi terroristici è mutato negli ultimi anni ed è oggi

difficile che, come avvenuto in passato, siano a tal fine utilizzate – in modo clandestino e magari nascosto anche a chi ne è responsabile – aree particolari di luoghi religiosi o di formazione culturale islamica. La propaganda, infatti, si svolge ormai via web ed è ben possibile, per quella via, anche l'auto-addestramento a pratiche violente e terroristiche .

Può essere utile, in proposito, riportare quasi integralmente il contributo del generale Mario Parente, espertissimo investigatore, già comandante del Ros dei Carabinieri²⁷:

«Il web si pone dunque all'attenzione quale mezzo d'elezione per la diffusione del messaggio jihadista. Può raggiungere chiunque e ovunque, avviando processi di radicalizzazione violenta nell'assoluto anonimato.

Ne consegue per l'individuazione dei potenziali terroristi la necessità di una penetrante attività di monitoraggio di quei siti internet che rivestono un ruolo essenziale nei processi di radicalizzazione ... ora si può diventare terroristi in totale autonomia, frequentando siti jihadisti e visionando i filmati propagandistici prodotti da Al Qaeda e, più recentemente, dallo Stato Islamico. ... omissis...

Sotto il profilo dell'azione di contrasto, nuove opportunità sono costituite dal monitoraggio dei social media o social networks, divenuti ormai lo strumento principale di diffusione sia del materiale di propaganda "ufficiale" prodotto dalle organizzazioni terroristiche, sia dei messaggi e dei contenuti multimediali prodotti dagli stessi foreign fighters o aspiranti tali. La loro potenza comunicativa è enorme e soddisfa l'esigenza, comune a molti foreign fighters, di condividere le proprie esperienze di guerra. I combattenti documentano con post ed immagini sui loro profili facebook le fasi di preparazione al viaggio, l'arrivo in zona di operazioni, la loro vita quotidiana e le loro impressioni sui combattimenti. Tra l'attivista che si trova in Europa ed il militante recatosi in una zona di guerra per combattere il jihad, si instaura un rapporto molto stretto e di profonda conoscenza che si traduce in un reciproco rafforzamento dei rispettivi propositi. Il combattente trova motivazione e supporto per continuare la propria "missione", mentre i suoi interlocutori possono trovare stimoli e motivazioni per seguirlo o per condurre il loro jihad in Occidente.

Sebbene le organizzazioni terroristiche facciano uso di una vastissima gamma di social media in relazione alle diverse funzioni offerte, Facebook risulta senza dubbio

²⁷ Relazione tenuta nel corso del Seminario sulla minaccia terrorista organizzato dalla Fondazione Icsa presso il Centro Alti Studi per la Difesa (Roma, 18 febbraio 2015).

quello di maggior interesse dal punto di vista investigativo, ponendosi come principale ambiente virtuale di radicalizzazione violenta per i sostenitori di Al Qaeda e dello Stato islamico. Facebook ha assunto in particolare un ruolo di rilievo nel reclutamento dei foreign fighters per il conflitto siriano, consentendo il contatto con i potenziali volontari, convincendoli a partire e comunicando loro le istruzioni per raggiungere il teatro di guerra.

Il maggiore successo di Facebook quale veicolo di radicalizzazione, rispetto ad altri social media quali Twitter, YouTube, Instagram, è dovuto anche ad alcune sue peculiarità. Prima di tutto, offre una gamma ampia e diversificata di modalità di espressione, per mezzo di testi, foto, audio e video. I contenuti possono essere ordinati cronologicamente ed inoltrati alla propria rete di contatti, corredati da commenti. Esistono poi numerose modalità per adattare lo strumento alle singole e specifiche esigenze di riservatezza: una chat anonima integrata, la possibilità di creare gruppi tematici aperti o chiusi, la graduazione di livelli diversi di “amicizia” cui corrisponde un diverso grado di conoscibilità delle informazioni del profilo e, infine, un sistema di ricerca automatico di altri account affini, basato sui dati personali.

È stato verificato come il ricorso alle diverse funzioni offerte da Facebook vari in relazione all'evoluzione del processo di radicalizzazione. Semplificando, si possono distinguere quattro fasi.

Nella prima si manifesta l'adesione a un'ideologia radicale, con la pubblicazione in un proprio profilo generalmente non anonimo di espressioni di supporto testuali o visive a organizzazioni terroristiche.

Una seconda fase vede l'utente impegnato nella ricerca attiva di altri individui ideologicamente affini, con cui stabilire una rete di amicizie o con cui interagire nell'ambito di gruppi tematici estremistici.

Successivamente, in una terza fase, si approfondiscono le relazioni con gli individui più radicali, utilizzando canali di comunicazione non pubblici, quali chat anonime, rendendosi invisibili al di fuori della cerchia di amicizie selezionata.

L'eventuale quarta fase è caratterizzata dall'uso di strumenti di comunicazione clandestini per comunicare con gli altri membri del gruppo virtuale, anche nell'ottica di pianificare attività terroristiche.

Il monitoraggio dei profili Facebook consente pertanto di seguire un soggetto potenzialmente a rischio nel suo processo di radicalizzazione, acquisendo progressivamente indizi sul suo eventuale coinvolgimento in attività terroristiche.

Il grado di anonimità scelto è in genere direttamente proporzionale al processo di radicalizzazione. Vengono così utilizzati profili con dati personali anonimi, i post di natura estremistica vengono cancellati o resi visibili solo alla rete occulta di amici fidati. Anche un profilo “vuoto”, privo di post di natura terroristica può risultare sospetto, soprattutto, se i contenuti terroristici sono stati di recente cancellati o privatizzati. Il cambiamento può essere indicativo dell’esigenza dell’utente di mantenere clandestini i propri contatti e comunicazioni, in relazione per esempio alla decisione di pianificare un attentato terroristico.

In tale ambito, l’analisi dei collegamenti rappresenta senza dubbio lo strumento più efficace a disposizione dell’investigatore per la ricostruzione di una rete. La quantità di informazioni che caratterizza e definisce i collegamenti su Facebook è tale da riproporre nel mondo virtuale scenari e dinamiche analoghi a quelli che avevano caratterizzato la struttura reticolare delle cellule terroristiche in Europa prima dell’esplosione del fenomeno homegrown. Se fino alla metà del decennio scorso esistevano cellule ed individui collegati nel mondo fisico, in modo tale che da una cellula fosse possibile risalire alle altre, oggi quegli stessi rapporti possono essere riprodotti dalle “amicizie” stabilite su Facebook.».

6.h. Le novità introdotte con il Decreto legge antiterrorismo del 2015

Si tratta di un intervento normativo che, al di là di aspetti definitivi comunque non secondari, introduce alcune disposizioni su possibilità di accesso, controllo e oscuramento del web e anche sulla conservazione dei dati.

Con l’art. 7 del dl n. 7/15, vengono previste «Nuove norme in materia di trattamento di dati personali da parte delle Forze di polizia», introducendo modifiche all’articolo 53 («Ambito applicativo e titolari dei trattamenti») del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

Le novità consistono, da un lato, nella parte meramente definitoria di cui al co. n. 1²⁸ e, dall’altro, nel fatto che nel co. 2 si prevede l’estensione della originaria riserva di

28 Art. 53-Ambito applicativo e titolari dei trattamenti.

1. Agli effetti del presente codice si intendono effettuati per finalità di polizia i trattamenti di dati personali direttamente correlati all’esercizio dei compiti di polizia di prevenzione dei reati, di tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, nonché di polizia giudiziaria, svolti, ai sensi del codice di procedura penale,

legge, fino a ricomprensivi regolamenti e decreti, quali atti che possano contenere indicazioni sui trattamenti di dati ai quali – purché effettuati per finalità di polizia – non si applicano gli articoli 9, 10, 12, 13 e 16, da 18 a 22, 37, 38, commi da 1 a 5; da 39 a 45; e da 145 a 151 del codice per la protezione dei dati personali, contenenti alcuni obblighi come informativa, notificazione ecc. .

Queste modifiche al citato codice tendono dunque a semplificare la disciplina del trattamento di dati personali da parte delle forze di polizia. Fino ad oggi la norma prevedeva un regime agevolato solo per i trattamenti specificamente previsti da disposizione legislativa. Con il dl n. 7/2015, invece, tra le fonti suscettibili di legittimare la raccolta di dati a “regime agevolato”, oltre alla legge ordinaria che richiede tempi tecnici più lunghi, sono previsti anche le norme regolamentari e lo specifico decreto del Ministro dell'interno ricognitivo dei vari trattamenti svolti per fini di prevenzione e repressione dei reati.

Ovviamente, sarà necessario garantire l'equilibrio complessivo di questo nuovo sistema, coinvolgendo il Garante per la protezione dei dati personali, ma intanto il legislatore mostra attenzione rispetto all'obiettivo di renderne possibile l'utilizzo ricercando un accettabile equilibrio con le più volte richiamate esigenze di tutela dei diritti dei cittadini costituzionalmente garantiti.

6.i. Giudizio di sintesi sul sistema italiano

La “rassegna” normativa che precede consente dunque di affermare che nel nostro sistema disponiamo di strumenti efficienti e ben disciplinati per indagare in vari settori criminali, tra cui quello del terrorismo, utilizzando i dati che intercettazioni ed intrusioni nel web consentono di conoscere e di raccogliere.

E sono strumenti che le nostre forze di polizia specializzate sanno bene usare, come eccellenti risultati in molte delicate indagini hanno dimostrato.

Anche la magistratura – sia consentito dirlo – ha mostrato da tempo attenzione rispetto a questi strumenti di analisi e d'indagine, non solo perché è tenuta a rilasciare – su richiesta dagli organi competenti – autorizzazioni motivate per le attività prima descritte, ma anche perché ha costituito in molte procure, in modo del tutto spontaneo

per la prevenzione e repressione dei reati.

ed in relazione alle indagini per terrorismo, varie banche di dati giudiziari, gestite da colleghi esperti, incaricati anche di mantenere i collegamenti con gli altri uffici inquirenti. Questo avvenne ben prima che venisse estesa la operatività della Banca dati della Direzione nazionale antimafia anche al campo del terrorismo.

Né è stato trascurato il dovere di tutela della privacy. Anzi la magistratura vi ha prestato costantemente attenzione, spesso anche in assenza di auspicati interventi legislativi: mi permetto di dire che all'interno della Procura di Torino, che ho l'onore di dirigere, è stato varato il 15 febbraio scorso un provvedimento che obbligherà i magistrati dell'ufficio ad attivare le procedure di cancellazione dei dati inutilizzabili, oppure irrilevanti e insieme sensibili ai sensi del Codice per la protezione dei dati personali (art. 4, lett. "d" del d.lgs 30 giugno 2003, n. 196). Il tutto senza lesione del diritto di difesa poiché gli avvocati potranno prendere conoscenza del contenuto di dati e conversazioni di quel tipo (non di riceverne copia) e di intervenire dinanzi al giudice nella procedura di cancellazione attivata dal pubblico ministero. Ed analoghi provvedimenti sono stati e saranno adottati da altre procure della Repubblica.

Le intercettazioni e la raccolta di dati rilevanti, dunque, sono ben disciplinate in Italia e sono state ben utilizzate in chiave investigativa.

Terza parte

**Il panorama europeo, l'erronea centralità
dei mega-dati e dell'*intelligence*,
la perdurante sofferenza della cooperazione giudiziaria.
Il necessario confronto e rispetto con il mondo islamico**

7. Il panorama internazionale e la propensione alle inutili raccolte dei mega-dati

Se però si guarda al panorama internazionale ed a come viene altrove pensato ed attuato l'utilizzo di questi strumenti in chiave antiterroristica se ne possono ricavare delusioni variamente motivate.

Vorrei partire da un ricordo personale: anni fa, e per molto tempo, ho partecipato ad incontri e scambi di informazioni presso la sede di Eurojust a L'Aia. Mi capitò,

pertanto, di partecipare ad un incontro in cui un rappresentante dell'amministrazione americana spiegava a noi europei un sistema di raccolta-dati che gli Stati Uniti avevano adottato negli scenari di guerra in cui all'epoca operavano: ci raccontò che ogni volta che le forze statunitensi americane occupavano un qualsiasi centro urbano, anche di modeste dimensioni, sito in zone di guerra, raccoglievano tutti i numeri telefonici in possesso degli abitanti, indipendentemente dall'esistenza di sospetti di attività terroristiche a loro carico, al fine del successivo inserimento in una gigantesca banca dati antiterrorismo. Personalmente domandai a che cosa fosse mai servito un sistema così esteso e privo di criteri di selezione a monte o se avesse mai consentito risultati positivi. Seguirono risposte vaghe ed una reazione di stupore anche da parte di colleghi di altri Paesi europei.

E rammento pure – a sostegno della inutilità di raccolte così indiscriminate – che il giorno di Natale del 2009, un giovane nigeriano, Umar Farouk Abdul Mutallab, tentò di farsi esplodere sul volo Delta Airlines Amsterdam-Detroit: nonostante gli apparati di sicurezza americani possedessero molti dati su di lui e il padre stesso ne avesse denunciato a un'ambasciata Usa la progressiva radicalizzazione e un lungo soggiorno nello Yemen a scopo di addestramento, egli era in possesso di regolare visto che autorizzava il suo ingresso negli Usa. Infatti si imbarcò sull'aereo con i suoi documenti e solo la prontezza di un passeggero impedì che si facesse esplodere in volo. Insomma, persino un dato derivante da una dettagliata ed esplicita denuncia, se confuso in una miriade di dati, si perde e non serve a nulla, perché si fa eccessivo affidamento sulle massicce raccolte di dati, quasi che esistesse una relazione diretta fra il numero di informazioni “archivate” ed i risultati investigativi conseguibili, un assioma privo di fondamento

Un argomento su cui non si deve abbassare l'attenzione, in particolare, è quello della raccolta dei *Passenger Name Records* (Pnr): si tratta – come è noto – delle notizie personali relative ai passeggeri in partenza verso varie destinazioni dai Paesi dell'Unione europea, per affari o per turismo, che secondo alcuni strateghi dell'antiterrorismo dovrebbero essere raccolti in gigantesche banche dati ed ivi custoditi: si tratterebbe di sacrifici accettabili in nome della maggior sicurezza da garantire al mondo occidentale (a quest'idea si ispira del resto la direttiva europea su cui, poco dopo Charlie Hebdo, si è raggiunto l'accordo politico).

La fiducia in questo strumento si è manifestata in modo imponente – specie al fine di rendere più sicuri gli aeroporti e gli aerei civili europei – all'indomani della scoperta risalente al 2006, ad opera delle forze di polizia britanniche coadiuvate da investiga-

tori statunitensi, di piani di attentati da commettersi in contemporanea su diversi voli transatlantici. Ancora una volta, però, ai primi annunci su quelle indagini, non fecero seguito notizie confortanti sull'esito dei procedimenti giudiziari riguardanti i piani criminali asseritamente scoperti che, come molti degli addetti ai lavori sanno, risultarono ampiamente ridimensionati. Ma la circolazione dei cittadini europei, da quel momento, è sottoposta a monitoraggio e ad una invasiva raccolta di dati personali.

Si spiega, allora, perché nel suo rapporto dell'11 settembre del 2008, l'organizzazione *Statewatch* denunciò «*lo tsunami digitale*» che all'epoca stava per scatenarsi sull'Europa: tecniche e tecnologie di sorveglianza su spostamenti e transazioni delle persone, sui beni da loro posseduti o utilizzati al fine di dar luogo alla creazione di ulteriori banche dati utilizzabili per la "lotta al terrore". È la stessa filosofia posta alla base del controllo dei dati bancari tramite Swift (dall'inglese *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*), rispetto alla quale anche l'Unione europea non cessa di prestare attenzione, sempre nella prospettiva di ritenere legali ed irrinunciabili, nella lotta al terrorismo, il controllo e la classificazione di mezza umanità, trascurando la dimensione del «*danno collaterale*» che ne può derivare per le persone in tutto il mondo: un sacrificio inaccettabile anche in nome della lotta al terrorismo.

Sempre a proposito della acritica fiducia nella raccolta indiscriminata di dati come strumento utile contro il terrorismo, va ricordato quanto è venuto alla luce negli ultimi anni con il caso Wikileaks-Julian Assange del 2010, con il caso Datagate del 2013-2014, scaturito dalle rivelazioni di E. Snowden e del soldato Manning, con la rivelazione del 2015 delle intercettazioni dell'NSA ai danni di *leaders* politici europei e dell'inizio 2016, sempre dell'NSA, in danno di esponenti di precedenti Governi italiani, nonché sulle estese acquisizioni di dati riguardanti cittadini italiani. Molti autorevoli commentatori hanno già posto in evidenza la grave ed inaccettabile lesione del diritto alla privacy emersa con quei casi, ma lo sdegno è durato poco e persino importanti politici «spinti» in vari Stati europei hanno preferito che il silenzio prevalesse.

Se dopo queste vicende gli Usa abbiano compreso il valore reale della protezione dati, soprattutto nel suo rapporto con la sicurezza, è ancora presto a dirsi²⁹.

29 Sarà in proposito interessante valutare, documenti alla mano, l'esito della controversia che, sulla base di un provvedimento della Corte federale di Los Angeles, oppone l'Fbi e la Apple, che ha rifiutato di «sbloccare» l'i-phone di Syed Rizwan Farook, autore della cd. strage di San Bernardino, coperto da un sistema di criptazione. Alla fine di marzo, peraltro, si è appreso che l'Fbi avrebbe trovato il modo di

A chi, ciononostante, sostiene che sia legale ed utile nella lotta al terrorismo raccogliere milioni di dati, così controllando e classificando mezza umanità (qualcuno è arrivato a sostenere l'obbligo di identificazione degli utenti di internet, con possibilità di verifica della veridicità dei dati dichiarati e di sanzioni per le violazioni!), si deve rispondere ripetendo il mantra opposto, cioè che la concentrazione di miriadi di dati indistintamente e perennemente raccolti – è provato – non è mai servita a nulla e che la strada da percorrere, invece, è quella che permette l'accumulo mirato e selettivo di dati per un tempo limitato e l'accesso agli stessi grazie ad un provvedimento motivato dall'Autorità giudiziaria.

Tra l'altro, accumulare dati significa anche moltiplicare i sospetti, rinunciare ad una *intelligence* mirata. Ed affidarsi alle “macchine” induce a rinunciare a quelle complesse politiche differenziate che sono in grado di affrontare il difficile problema di garantire la sicurezza nel rispetto dei diritti, significa non valorizzare quell'intelligenza investigativa che, unica, consente di contrastare e reprimere le gravi forme di criminalità con cui si è dovuta confrontare la nostra società.

Non sufficientemente esplorata, invece, è l'altra faccia della medaglia: ammesso che tali lesioni siano accettabili in democrazia – e non lo sono – si può almeno affermare che così estese raccolte di dati siano effettivamente utili in chiave di lotta al terrorismo e di tutela della sicurezza dei cittadini?

In tale prospettiva di analisi, è sufficiente provare ad interrogarci su come, in concreto, l'estensione delle banche dati prive di seria logica selettiva, possa essere utile in chiave preventiva o repressiva.

Sul piano della prevenzione: come sarebbe stato possibile, con la raccolta di mega-dati che pure a tanti sembra indispensabile, prevenire una strage come quella del Bataclan a Parigi del 13 novembre scorso ed altre ancora? Come?

Nel gennaio del 2015 il Garante europeo della protezione dati (*European Data Protection Supervisor*), Buttarelli, ribadendo la necessità del pieno rispetto, anche nel contrasto del terrorismo internazionale, dei diritti individuali e dei principi fondamentali delle nostre democrazie, ha prima citato la sentenza dell'8 aprile 2014 della

sbloccare l'i-phone, grazie ad una “terza parte” coinvolta nella procedura e senza l'aiuto della Apple, la quale aveva, a sua volta, anticipato che – in questo caso – avrebbe chiesto di conoscere il metodo utilizzato (Televideo, 29.3.2016, pag. 154.01).

Corte di giustizia europea (che, come già anticipato, intervenendo nei casi C-293/12 e C-594/12, ha dichiarato la invalidità della Direttiva 2006/24 del Parlamento europeo sul tema della *Data Retention*³⁰ in quanto incompatibile con il principio di proporzionalità riconosciuto dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali) e ha poi – quasi provocatoriamente (*ndr: commento di chi scrive*) – domandato in quale modo la raccolta di Pnr potrebbe essere rilevante contro la minaccia terroristica e se esiste una qualche dimostrazione che una possibile direttiva sulla raccolta dei Pnr avrebbe potuto ostacolare l'attacco alla sede del Charlie Hebdo a Parigi. «*Quale sarebbe, allora, il valore aggiunto di ulteriori categorie di dati Pnr per combattere criminalità e terrorismo?*»³¹.

Ed il presidente del Garante italiano per la protezione dei dati personali, on.le Antonello Soro ha scritto, a proposito della invocata necessità «... *della cessione, da parte delle compagnie aeree alle autorità inquirenti, delle informazioni riguardanti i passeggeri (cd. Pnr)*» che deve essere ribadita «*l'esigenza di un giusto equilibrio tra sicurezza e privacy*» prevedendo «*tempi e modalità di conservazione dei dati ragionevoli e proporzionati alle esigenze delle indagini per i reati più gravi*». Ed ha poi ricordato che ogni possibile disciplina della materia deve rispettare «... *il principio di proporzionalità su cui la Corte di giustizia ha modulato il bilanciamento tra libertà e sicurezza, nella sentenza di aprile sulla data retention*³², sottolineando *l'esigenza di un'adeguata selezione del materiale investigativo, che non può certo fondarsi sulla pesca a stra-*

30 Direttiva 2006/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2006, adottata dopo gli attentati di Madrid del 2004 e di Londra del 2005, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modificava la direttiva 2002/58/Ce del 12 luglio 2002.

31 Intervento del 27 gennaio 2015, a Bruxelles, dinanzi alla Commissione Libe del Parlamento europeo che lo aveva invitato ad intervenire sul tema *Counter-terrorism, De-Radicalisation and Foreign Fighters*.

32 La sentenza dell'8 aprile 2014 della Corte di giustizia europea, intervenendo nei casi C-293/12 e C-594/12, ha dichiarato la invalidità della Direttiva 2006/24 del Parlamento europeo sul tema della *Data Retention* in quanto incompatibile con il principio di proporzionalità riconosciuto dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali. La Direttiva 2006/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2006, adottata dopo gli attentati di Madrid del 2004 e di Londra del 2005, riguarda la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e modificava la direttiva 2002/58/Ce del 12 luglio 2002.

scico nelle vite degli altri. Perché non è sostenibile democraticamente né utile alle indagini. Un'efficace azione di prevenzione del terrorismo deve dunque selezionare (con intelligenza, appunto) gli obiettivi "sensibili" in funzione del loro grado di rischio e fare della protezione dati una condizione strutturale della cyber-security»; occorre, dunque, una «... adeguata selezione dei dati realmente utili ai fini d'indagine ... a dimostrazione ... della sinergia (tutt'altro che antagonismo!) tra protezione dati e sicurezza, tanto più in un mondo che, per fortuna, ha visto cadere ormai ogni frontiera e che, dopo le rivelazioni del Datagate, non può più considerare la privacy come un lusso cui rinunciare, in nome di una malintesa idea di sicurezza.».

Ma le banche dati di cui stiamo parlando non servono neppure sul piano repressivo, posto che già disponiamo degli strumenti utili alle indagini: per esempio, se viene consumato un attentato e gli investigatori vogliono conoscere l'identità di coloro che hanno viaggiato verso la città dove l'attentato si è verificato, la possono accertare perché le compagnie aeree conservano i dati per un sufficiente periodo di tempo; se vogliono conoscere tutti i dati dei telefoni mobili che hanno operato nella zona dell'attentato fino a 24 mesi prima, possono ottenerli grazie alla previsione di tale periodo di conservazione cui sono obbligati – almeno in Italia – gli operatori di telefonia. Possono ottenere questo ed altro, in maniera efficace e rapida, grazie al nostro sistema ed ai motivati provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria, cui, in armonia con la normativa internazionale, è devoluto il controllo sulla effettiva utilità, pertinenza e proporzionalità dell'accesso ai dati ed informazioni quando richiesto dalla polizia giudiziaria.

Il rischio per la società futura, allora, non riguarda più soltanto l'equilibrio tra garanzie e sicurezza, ma investe la sua stessa configurazione: torneremo alla “società del borgo³³”, che non conosceva la *privacy*?

E «che cosa diventa la libertà di circolazione – si domanda Stefano Rodotà³⁴ – quando video-sorveglianza e localizzazione attraverso i telefoni mobili si trasformano in un guinzaglio elettronico che permette di seguire e registrare ogni nostro spostamento? Che cosa diventa la libertà di comunicare quando si registrano e si conservano per anni, peraltro in condizioni di precaria sicurezza, tutti i dati di traffico relativi a telefonate, posta elettronica, accessi ad Internet?».

³³ L'efficace immagine è di Gianni Buttarelli, segretario generale del Garante per la protezione dei dati personali, nel Convegno dell'Assintel su *Data Retention, Privacy e Criminalità* (Milano, 16.1.06).

³⁴ S. Rodotà: *Dove finiscono i diritti in un Paese di intercettati?* (La Repubblica, 25.7.06).

Voglio ulteriormente approfondire il tema della inutilità della raccolta indiscriminata di dati personali, citando un'audizione istituzionale che si tenne nell'ottobre del 2013: ricordo che, al fine di fornire dati affidabili e non soggettivi, interpellai colleghi delle principali Procure distrettuali impegnate in indagini sul terrorismo internazionale, nonché responsabili della Polizia di Stato e dei Carabinieri appartenenti a reparti specializzati in quel settore, per sapere se mai, come si andava dicendo in quel periodo, vi fosse stata una qualche ricaduta positiva sulle indagini dalle mitiche mega banche-dati di cui da sempre si parla. La risposta fu assolutamente negativa: mai catturati latitanti o sventati attentati, come dagli Usa si faceva sapere, senza fornire particolare alcuno, nel pieno delle tensioni createsi dopo la emersione delle notizie sulle intercettazioni effettuate "in danno" di *leaders* politici europei. Anzi, qualcuno degli addetti ai lavori da me consultati sostenne che ne fossero derivati solo danni ed intralci alle indagini. Risposta che formalmente feci mia nel corso dell'audizione, spiegando che le nostre forze di Polizia giudiziaria hanno saputo cogliere eccellenti risultati lavorando – peraltro su autorizzazione della magistratura, come le leggi italiane impongono – su dati numericamente più contenuti e logicamente orientati, quali mail ed sms tra soggetti ragionevolmente sospettabili, comunicazioni personali intervenute in certi ambiti territoriali, accessi a specifici siti on line etc.

Ecco perché, se mi è permesso dirlo, ho sempre trovato i commenti critici delle Autorità Garanti per la tutela della privacy, a livello nazionale o europeo, del tutto condivisibili anche dalla prospettiva del pubblico ministero .

Ed ecco anche perché veicolare in Europa il sistema italiano sarebbe sufficiente ad ottenere risultati positivi, un sistema che consente, come già si è detto, possibilità sicuramente soddisfacenti di utilizzo delle intercettazioni telefoniche ed ambientali, nonché di acquisizione di dati di telefonia e di altra origine, salvaguardando il diritto alla protezione dati nella consapevolezza che su di esso si misura la qualità della democrazia e da esso dipende la nostra libertà.

È proprio in questa direzione che va elaborata in Europa una normativa uniforme in materia di intercettazioni telefoniche, ambientali nonché di conservazione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico. Da un lato, cioè, si dovrebbero uniformare gli *standard* legislativi di autorizzazione e di durata delle intercettazioni telefoniche ed ambientali, dall'altro si dovrebbe finalmente affrontare il tema della cd. *data retention* (ancora soggetta a discipline nazionali molto diverse, in taluni casi penalizzanti), in ogni caso prestando attenzione alla reale efficacia delle misure limitative del diritto alla riservatezza, condizione della loro accettabilità.

8. Un caso eclatante di pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea: la sentenza *Safe Harbour*

Il tema in discussione non è ovviamente ignoto alla giustizia europea che se ne è occupata sotto varie angolazioni.

Non possiamo dimenticare, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 6 ottobre 2015³⁵ che, pur non direttamente concernente il contrasto del terrorismo, costituisce un importante punto di riferimento: la Corte, infatti, ha dichiarato invalida la decisione della Commissione europea del 26 luglio 2000 n. 2000/520/Ce che aveva ritenuto adeguato il livello di protezione dei dati personali garantito dagli Stati Uniti d'America nel contesto del cd. regime di «*Safe Harbor*». Tale regime riguardava il sistema di trasferimento negli Stati Uniti dei dati di molte società private. «*Di fronte ad una politica aggressivamente ripiegata sulla sola economia, sono i giudici che cercano di mantenere viva l'Europa dei diritti*», ha scritto S. Rodotà³⁶, con riferimento a quella sentenza ed all'accertata violazione del diritto fondamentale alla tutela della privacy.

Si può ipotizzare che proprio la sentenza *Safe Harbour* e la consapevolezza dell'impossibilità di discriminare gli utenti di una realtà globale come quella digitale in ragione della loro nazionalità abbiano determinato negli Stati Uniti il disegno della legge denominata *Judicial Redress* (approvata definitivamente il 10 febbraio e promulgata dal Presidente Obama il 24 febbraio 2016), che estende ai cittadini europei alcune garanzie per i trattamenti dei loro dati da parte delle autorità statunitensi.

Purtroppo, non pare destinato ad essere cancellato il *double standard* previsto dalla riforma dell'*intelligence* in chiave antiterrorismo (*Freedom Act*), che pur introducendo alcune garanzie rispetto alle acquisizioni di dati personali per fini di sicurezza, lascia fuori, in gran parte di tale settore, i cittadini non americani.

35 Sentenza relativa alla causa C-362/14, Maximillian Schrems vs. Data Protection Commissioner.

36 S. Rodotà: *Internet e privacy. C'è un giudice in Europa che frena gli Usa* (La Repubblica, 12 ottobre 2015).

9. Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla illegittimità dei poteri attribuiti alle Agenzie di informazione. Sentenze delle Corti costituzionali tedesca e portoghese sul divieto di accesso incontrollato dei Servizi ai dati di telefonia mobile

Neppure alle Agenzie di informazione, però, può essere attribuito un indiscriminato ed incontrollato potere di raccolta ed utilizzo di “mega-dati”.

La Corte europea dei diritti dell'uomo lo ha affermato in due recenti sentenze:

- la sentenza del 4 dicembre 2015 della Grand Chamber sul caso *Roman Zakharov v. Russia* (n. 471443/06) con cui la Russia è stata condannata per il potere riconosciuto ai Servizi segreti ed alla polizia di effettuare sorveglianza ed intercettazioni degli apparati di telefonia mobile in modo arbitrario ed abusivo. Tra i principi affermati vi è anche quello della necessità di consentire all'interessato di sapere, sia pur una volta che siano cessate le esigenze di prevenzione, di essere stato sottoposto a controllo;
- la sentenza del 12 gennaio 2016 sul caso *Szabò e Vissy v. Ungheria* (n. 37138/14) con cui anche l'Ungheria è stata condannata per le intercettazioni telefoniche e telematiche da parte dei Servizi di intelligence, rese possibili da una legge anti-terrorismo del 2011.

Tale normativa difetterebbe infatti, secondo la Corte, di garanzie sufficienti per impedire abusi, consentendo la captazione delle comunicazioni di cittadini, da parte del comparto antiterrorismo della polizia: in presenza di generiche esigenze di contrasto al terrorismo, senza dunque specifici presupposti individualizzanti a carico del soggetto da intercettare, tali da restringere l'ammissibilità della captazione ai soli casi e alle sole persone effettivamente attinte da rischi per la sicurezza nazionale; su mera autorizzazione del Ministro della giustizia (in assenza di alcun vaglio giurisdizionale o comunque di un potere esterno e diverso da quello esecutivo); per un periodo non determinato nel massimo, essendo illimitato il numero di proroghe suscettibili di concessione; in assenza di alcuna procedura che consenta al cittadino intercettato di avere contezza, sia pur una volta cessate le esigenze di sicurezza, di essere stato soggetto a controllo e, se del caso, contestarne la legittimità;

Sono anche molto importanti, ai fini che qui interessano, due sentenze, rispettivamente, della Corte costituzionale tedesca e portoghese:

- la sentenza n. 31/2013 della Corte costituzionale tedesca, nel dichiarare parzialmente illegittima la legge sulla raccolta e lo scambio di dati per fini antiterrorismo ha, in particolare, ribadito il principio di separazione delle informazioni raccolte per fini di *intelligence* da quelle utilizzabili per fini di polizia e la necessaria tassatività dei presupposti legittimanti i poteri di acquisizione dei dati personali da parte della Agenzie, precisando peraltro come, a fronte della estensione di tali poteri, sia ancor più necessaria un'adeguata supervisione da parte delle Autorità di protezione dati;
- la sentenza della Corte costituzionale portoghese del 28 agosto 2015 ha dichiarato la illegittimità del potere di accesso dei Servizi segreti ai tabulati degli apparati di telefonia mobile, previsto dalla normativa antiterrorismo. La Corte ha ritenuto che l'acquisizione di tali dati, in assenza di un vaglio giurisdizionale autorizzativo, analogo a quello del processo penale, costituisce «un'ingerenza particolarmente grave nelle comunicazioni private», la cui riservatezza è garantita dalla Carta fondamentale. La legge – la cui applicazione era limitata ai casi di lotta contro il terrorismo, traffici internazionali o rischi per la sicurezza dello Stato – era stata approvata il 22 luglio precedente a larga maggioranza e prevedeva comunque l'autorizzazione, sia pur di mera legittimità, di una commissione *ad hoc* composta da tre magistrati requirenti scelti dal Consiglio superiore della magistratura portoghese.

Le sentenze in questione consentono una riflessione, peraltro favorita dalla interpretazione logica e giuridica delle competenze delle Agenzie di informazione: va evitata ogni possibile confusione tra le loro competenze e quelle della polizia giudiziaria.

Le funzioni, delle Agenzie di informazione, infatti, non sono investigative in senso giudiziario ed anzi, la legge n. 124/2007, che in questo ricalca quella del '77, prevede che se le Agenzie entrano in possesso di notizie di reato devono obbligatoriamente comunicarle alla polizia giudiziaria per le indagini di competenza, salvo un provvedimento del presidente del Consiglio che ritardi tale comunicazione (art. 23, commi 6,7 ed 8 della legge). E la polizia giudiziaria, come è noto, deve a sua volta comunicare al pubblico ministero ogni notizia di reato «senza ritardo».

Orbene, appare assolutamente necessario, in tema di contrasto del terrorismo sul piano giudiziario, rispettare attentamente queste differenti finalità e competenze, pur se – ovviamente – le Agenzie di informazione e le forze di polizia giudiziaria dovranno sapersi tra loro coordinare e le notizie che dalle une perverranno alle altre ben potranno essere sviluppate ed assumere eventualmente forma legale nel corso delle indagini;

ma è capitato frequentemente, in molte parti di Europa, di verificare lo svilupparsi di pericolose tendenze, proprie di altri sistemi: da un lato, polizia e magistratura tendono troppo spesso a trasferire nei processi, senza alcuna attività di riscontro investigativo, dati e notizie di fonte meramente informativa; dall'altro, i Servizi di informazione tendono a ritenersi titolari di funzioni investigative in senso proprio, assimilabili, cioè, a quelle della polizia.

Quello che, però, si vuol qui ribadire ancora una volta, confermando le valutazioni che precedono, è che anche al fine di prevenire i rischi per la sicurezza dello Stato e dei cittadini, il che rientra nelle competenze proprie delle Agenzie, le indiscriminate raccolte di dati di cui qui si parla non servono a nulla.

Ne deriva che è necessario un efficace controllo su questo tipo di attività che, per restare al sistema italiano, non può che spettare al Copasir, cioè all'istituzione titolare, sul piano politico, del potere di vigilanza sull'attività delle Agenzie di informazione. Un controllo che, a dire il vero, ove si consideri anche l'assenza di rilievi sull'utilizzo ed estensione del segreto di Stato cui si è assistito negli ultimi anni (sanzionato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 23 febbraio 2016 sul caso Abu Omar), dovrebbe decisamente essere più incisivo. Il Garante per la protezione dei dati personali ha peraltro stimolato proprio il Copasir all'esercizio dei propri poteri di impulso e garanzia rispetto all'operato dei Servizi italiani, così da garantirne la legittimità anche rispetto alle attività di collaborazione con le agenzie di *intelligence* straniera.

10. Le criticabili prospettive dell'Europa nel contrasto del terrorismo internazionale: si punta solo su mega-dati e *intelligence* senza preoccuparsi del malfunzionamento della cooperazione internazionale

A proposito dell'*intelligence*, è criticabile la quasi assoluta unidirezionalità degli indirizzi europei, secondo cui la risposta efficace al terrorismo sta tutta nel rafforzare le attività di *intelligence*. Quotidianamente si leggono sulla stampa articoli che parlano, sin dai titoli, del nuovo e decisivo patto dell'Unione europea contro il terrorismo, quello incentrato sul coordinamento tra i Servizi segreti. Vorrei fare una premessa per evitare equivoci connessi a "criticità" rilevate in passato: credo fortemente alla funzione delle Agenzie di informazioni in ogni democrazia. Ma ho anche più volte affermato,

e chiedo scusa se mi ripeto, che – al di là del citato problema della confusione tra differenti competenze – è la sinergia tra le tutte le istituzioni e le forze in campo che deve essere perseguita, non il mero rafforzamento delle cosiddette attività di *intelligence*, senza contemporaneamente operare per rendere effettiva la cooperazione giudiziaria internazionale, di cui sono protagonisti la magistratura e le forze di polizia tradizionali. Basti pensare, ad esempio, alle difficoltà, spesso insuperabili, che si manifestano quando si vogliono utilizzare come prove in un processo gli elementi raccolti dai Servizi nelle loro attività ed alle diverse prospettive con cui si affrontano questi problemi: rammento persino che un'esponente del *Crown prosecution service* inglese, nel corso di un importante incontro tra esperti di terrorismo organizzato a Parigi, alla fine di aprile del 2015, sostenne che spesso, raccolte le prove a carico di persone sospettate, bisogna chiedersi se esiste un interesse pubblico a punire chi ne è attinto!

Le difficoltà nel far funzionare la cooperazione giudiziaria – sia ben chiaro – dipendono anche dalle differenze ordinamentali che esistono tra gli Stati europei, per cui è difficile che in ogni parte d'Europa possa essere accettato che la direzione della polizia giudiziaria – come in Italia – spetti ai pubblici ministeri, con conseguente comune elaborazione delle strategie investigative e sottrazione delle medesime alle scelte politiche. Ed allo stesso modo è certamente sconosciuto alla maggioranza degli Stati europei il principio – per noi irrinunciabile – di assoluta indipendenza del pubblico ministero rispetto al potere esecutivo.

Se, invece, si opera principalmente attraverso i servizi di *intelligence*, ontologicamente portati a non mettere in comune le notizie, è chiaro che la guida della loro azione non potrà che essere politica. Di qui le scelte prevalenti in favore dei Servizi care ai Governi europei, talvolta anche a scapito delle efficienza operativa e della qualità dei risultati, con l'aggiunta di un'ulteriore ricaduta negativa: le regole secondo le quali operano i Servizi – diversamente da quelle scritte nei codici e nelle Convenzioni – non possono che essere, per definizione, segrete, dunque diverse tra loro ed incontrollabili, tali da alimentare spesso metodi d'azione a dir poco criticabili.

Ma se questi sono problemi di struttura costituzionale che in sé riguardano i rapporti tra magistratura, polizia giudiziaria ed Esecutivo, un altro importante ostacolo si frappone al funzionamento della cooperazione internazionale: spesso, cioè, si manifestano enormi resistenze nel mettere in comune, a fini investigativi, le notizie ed i dati davvero utili. Ciò costituisce un vero paradosso in quanto, da un lato, si proclama l'importanza della raccolta e dello scambio di dati ed informazioni per rafforzare la cooperazione giudiziaria contro il terrorismo ed altre forme pericolose di criminalità e,

dall'altro, non si scambiano, fra gli Stati europei (e spesso neppure fra le diverse forze di sicurezza all'interno di uno Stato membro dell'Unione), i dati che sarebbero davvero utili a tale scopo, «*evidentemente perché molti si ritengono proprietari esclusivi delle notizie importanti*»³⁷.

Esiste insomma il problema della “compartimentazione” tra Stati che contraddice la stessa presunta *ratio* delle banche dati e compromette la cooperazione internazionale: solo di rado, infatti, chi entra in possesso di una notizia utile contro il terrorismo ne mette immediatamente al corrente gli altri Stati. Ancora non sappiamo, ad esempio, sulla base di quali elementi si affermi con certezza che i terroristi dell'IS si finanzino con il grande traffico di stupefacenti o in altro modo.

Non appare ancora sufficientemente diffusa in Europa, dunque, l'attitudine culturale a forme di cooperazione effettiva. Per personale esperienza di chi scrive la cooperazione ha invece funzionato egregiamente nei rapporti tra Italia, Germania e Spagna, non a caso tre Paesi che hanno rispettivamente conosciuto il terrorismo interno delle Brigate Rosse (e di altri gruppi di estrema sinistra ed estrema destra), della *Rote armee fraktion* (Raf) e dell'Eta, riuscendo a sviluppare anticorpi efficaci (dall'analisi delle strategie e del “pensiero” di quei gruppi, alla specializzazione investigativa ed allo scambio immediato delle notizie utili che ancora oggi servono).

Insomma, l'Europa deve essere capace di contrapporre alla libertà di azione dei gruppi criminali terroristici ed alla loro capacità di proselitismo attraverso il web, un'altrettanto agile e globale azione investigativa e di repressione che comporta fiducia reciproca nel grado di affidabilità dei rispettivi ordinamenti (pur se sensibilmente diversi), abbandono di visuali particolaristiche ed attenuazione dell'impatto negativo che frontiere giuridiche e culturali determinano sull'azione repressiva di così gravi fenomeni delittuosi.

Certo, abbiamo registrato in passato scelte virtuose dell'Unione europea come l'adozione del mandato d'arresto europeo, la costituzione delle Squadre investigative comuni (peraltro solo da poco recepita in Italia³⁸), la Decisione quadro del Consiglio

37 Così il Segretario generale dell'Interpol, Ronald Noble, il 19.11.2005, in un *meeting* di studio tenutosi presso la N.Y. University.

38 La possibilità di costituire squadre investigative comuni sovranazionali esiste in Italia solo a seguito della recentissima approvazione del **d.lgs 15 febbraio 2016**, n. 34 ma l'Unione Europea ha

dell'Unione europea sulla definizione dell'atto di terrorismo, la creazione di Eurojust ed Europol. Ma proprio per questo, verrebbe da dire, non vi è tanto bisogno di nuove Convenzioni, di nuove risoluzioni e decisioni quadro, di nuovi istituti giuridici ed istituzioni comunitarie, quanto di far funzionare effettivamente e con convinzione gli strumenti già esistenti. Del resto, già «esistono almeno sette banche dati europee: quella del sistema Schengen, Eurodac per le impronte digitali, quella per la concessione dei visti, quella delle dogane, quella in materia di asilo, quelle di Europol ed Eurojust»: qualcuna funziona più o meno bene, altre sono praticamente inutilizzate. Ma comunque – come ha detto il Garante europeo per la privacy Gianni Buttarelli³⁹ – «sono cattedrali nel deserto che non comunicano tra loro». Ed a ciò si aggiunga che il sistema di collegamento fra casellari giudiziari (Ecris) è (da poco) operativo solo per i cittadini europei, ma non prevede ancora i nomi dei condannati/ricercati da Paesi terzi (reperibili in parte sul sistema Interpol).

Questo allora è il cuore della questione: l'energia spesa a livello internazionale soltanto nella direzione di moltiplicare interventi di facciata, Dichiarazioni quadro e Risoluzioni è fine a se stessa. Lo dico da cittadino oltre che da magistrato. E mi augurerei che le autorità politiche italiane, nelle sedi che contano, anche sulla spinta di ciò che affermano i nostri autorevoli garanti per la tutela della privacy, assumessero un ruolo guida nel dibattito europeo, chiedendo convergenza sugli strumenti che effettivamente servono, in una cornice di pieno rispetto dei principi costituzionali: abbiamo una storia alle spalle che li legittima a tanto!

Mi permetto, a tal proposito, di ricordare, ringraziandola, la Ministra della giustizia francese, Christiane Taubira, che si è dimessa il 27 gennaio scorso. Lo ha fatto

disciplinato tali squadre prima con la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 (art. 13), relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, e quindi con la decisione quadro n. 2002/465/Gai del Consiglio del 13 giugno 2002. Infine, con la raccomandazione del Consiglio dell'8 maggio 2003 è stato adottato anche il modello formale di accordo per la costituzione della squadra di indagine comune, che integra e completa le disposizioni contenute sia nell'articolo 13 della Convenzione, sia nella decisione quadro del Consiglio. Per soddisfare la stessa esigenza di collaborazione, le squadre investigative comuni sono state previste anche dalla *Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato* transnazionale (art. 19) adottata dall'assemblea generale il 15 novembre 2000 ratificata dalla legge 16 marzo 2006 n. 146.

³⁹ *Schedare i passeggeri è contro i Trattati Ue. Il garante europeo boccia la stretta sui voli*, *La Repubblica*, 10 dicembre 2015.

dichiarando di non poter condividere la spinta del Governo di cui faceva parte verso la costituzionalizzazione dell'emergenza. In questo momento, la *ex* Ministra Taubira incarna la necessità di rispettare le regole della democrazia anche nel contrasto dei più gravi fenomeni socio-criminali e nei momenti in cui essi generano tragedie di proporzioni inimmaginabili.

È la vera cooperazione internazionale che va rafforzata, quella che nulla ha a che fare con la tanto decantata raccolta di milioni di dati che evoca un preoccupante futuro di “*big data*” e che, esattamente come *renditions*, torture e prigionieri illegali, rischia solo di fornire ai terroristi storie ed immagini da usare a scopi di proselitismo: così è avvenuto con quella delle tute arancioni indossate dai prigionieri di Guantanamo, immagine sfruttata per la tragica scenografia dei crudeli “sgozzamenti” che, sullo sfondo di un deserto sconfinato, i criminali dell'Isis hanno fatto conoscere al mondo attraverso la diffusione sul web dei relativi filmati.

Tra l'altro, sempre in tema di cooperazione, va aggiunto che sono proprio le convenzioni internazionali che impongono lo scambio spontaneo, immediato e completo delle informazioni⁴⁰!

Purtroppo, però, non è così che, nella realtà, funzionano le cose e potrei citare molti esempi, dalla scarsa e tardiva collaborazione di Belgio e Francia dopo la strage di Parigi del 7 gennaio 2015 nella sede del periodico *Charlie Hebdo*, allorché, nella regione di Chambéry, presso il valico del Frejus, il 16.1.2015, le autorità locali fermarono – su richiesta della polizia belga – due fratelli di origina magrebina collegati ad una cellula “disarticolata” il giorno precedente a Verviers (Belgio) mentre stava introducendosi in Italia, alle difficoltà di poter utilizzare nei nostri processi le intercettazioni telefoniche effettuate in Gran Bretagna, per non dire dei problemi in tema di estradizione ed esecuzione di mandati d'arresto europei. Difficoltà che continuano a manifestarsi sin dagli “anni di piombo” e che la magistratura ha denunciato da tempo⁴¹.

40 .Lo scambio spontaneo di informazioni, in particolare, è contemplato da alcune Convenzioni, tra cui quella di Strasburgo dell'8.11.1990 sul riciclaggio, quella di Bruxelles del 29.5.2000, tra gli Stati membri dell'Unione europea, in tema di assistenza giudiziaria e quella sottoscritta nel corso dell'Assemblea di Palermo (12-15 dicembre 2000) sul crimine organizzato transnazionale.

41 Sia permesso di citare la relazione di A. Spataro nel Corso di Aggiornamento professionale del Csm sul tema *Terrorismo e crimine transnazionale: aspetti giuridici e premesse socio organizzative del fenomeno*, Roma 5-7 marzo 2007.

11. L'obiettivo della Procura europea antiterrorismo

Nell'ottica della sinergia virtuosa di tutte le forze che possiamo mettere in campo contro il terrorismo e nella prospettiva di futuri sviluppi della cooperazione internazionale, non vi può essere dubbio sul fatto che la istituzione di una Procura europea (Eppo), oggetto di proposta formulata il 17 luglio 2013 dalla Commissione europea⁴², costituirebbe un grande passo avanti. Per di più, estendendo gradualmente le sue competenze fino ad occuparsi anche dei reati di terrorismo internazionale⁴³, l'azione della Procura europea apparirebbe coerente con la natura transnazionale del tipo di criminalità. La prospettiva, allo stato, non può certo considerarsi realistica, poiché è evidente che ciò comporterebbe il passaggio dai Governi alla Procura stessa della guida della strategia investigativa antiterrorismo, ma è certo che, al di là delle citate diversità ordinamentali, la sua azione potrebbe determinare una progressiva omogeneità d'intervento a livello europeo, nelle prassi prima e nelle leggi dopo, persino rispetto al sistema di *common law* inglese, così diverso rispetto al nostro ed a quelli dei Paesi continentali. Ma dubito davvero che ciò possa avvenire a breve, specie ove si consideri – per quel che se ne sa – il contenuto ancora non chiaramente definito della prossima Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea sulla lotta contro il terrorismo che sostituirà la Decisione quadro del Consiglio 2002/475/Gai sullo stesso argomento (un testo che suscita preoccupazione per la deriva securitaria da cui è caratterizzato e che rischia di essere approvato in fretta e furia dal Parlamento europeo nel corso dei prossimi mesi senza un vero dibattito sulla sua compatibilità con la Carta).

12. La risposta giudiziaria o di *intelligence* non basta: serve il confronto ed il reciproco rispetto con il mondo islamico

Le affermazioni che precedono potrebbero far nascere il sospetto che chi scrive attribuisca all'azione della magistratura e delle collegate forze di polizia giudiziaria ruoli

⁴² Trattasi della proposta di regolamento Com(2013)534 – ai sensi dell'art. 86 Tfu (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, introdotto dal Trattato di Lisbona).

⁴³ Per un'articolata riflessione sul punto, si veda *Procura europea e reati di terrorismo: un connubio impossibile?* di Andrea Venegoni, magistrato addetto all'Ufficio del ruolo e del massimario della Corte di cassazione, in *Questione Giustizia online*, del febbraio 2015, www.questionegiustizia.it/articolo/procura-europea-e-reati-di-terrorismo_un-connubio-impossibile_12-02-2015.php.

e competenze da sé sufficienti a sconfiggere questo terrorismo. Non è così, poiché nessuno può seriamente pensare che il successo sperato possa essere raggiunto solo con le indagini, con i processi o con la cosiddetta attività di *intelligence*, e neppure con la guerra. Occorre all'evidenza anche la piena e convinta collaborazione delle comunità da cui i terroristi spesso provengono. Sarebbe facile, a tal proposito, invocare la necessità di favorire la integrazione delle comunità degli immigrati nel nostro tessuto sociale, ma occorre anche altro, qualcosa di diverso e di più specifico. Il processo di integrazione richiede spesso un lungo cammino, ma è pur vero che nelle nostre democrazie è ben praticabile la strada del confronto con i musulmani, attraverso la rottura della incomunicabilità e per stabilire le basi di un rispetto reciproco. Il vero universalismo dei diritti, come è stato scritto, sta proprio in questo, nel rispetto – ovunque – delle persone come sono, evitando ogni tendenza a trasferire su tutti i componenti di una comunità le responsabilità di pochi o di una parte della medesima, così costruendo muri insormontabili.

Conforta, a tal proposito, che, con il decreto legge n. 7 del 2015, il Governo abbia respinto ogni indegna pulsione xenofoba, come quella che strumentalmente ha portato qualcuno ad assimilare al rischio-terrorismo il dramma di tanti immigrati, anche irregolari, che approdano sulle coste dell'Europa meridionale accompagnati dalla sola speranza di trovare condizioni di vita dignitose.

Ma devono anche essere abbandonate tattiche irragionevoli per assecondare impresentabili umori (da ogni fronte politico si concorda, ad es., sulla inutilità del reato di immigrazione clandestina, che danneggia pure le indagini, ma si preferisce rinviarne la abolizione perché «non è il momento»), così come va evitata la prassi degli «annunci» mediatici, che vedono alternarsi quelli sulle «rassicuranti» espulsioni di persone sospette alle celebrazioni dei successi delle nostre forze di *intelligence*, le notizie sui progetti di attentato sventati e quelle sugli elevati numeri dei *foreign fighters* identificati: una successione di messaggi che fa crescere le paure collettive e spinge a temere persino il vicino. Come dimenticare l'annuncio relativo all'arresto – peraltro richiesto dalle autorità tunisine – di un giovane marocchino, Abdelmajid Touil, presentato con enfasi come corresponsabile dell'attentato al Museo del Bardo di Tunisi del 18 marzo 2015? Dopo circa sei mesi di carcere, è stato alla fine scarcerato e, pur andando incontro al rischio della pena di morte, sarebbe stato espulso come era stato subito annunciato, se la Procura di Torino e quella di Milano non fossero intervenute, nell'ambito delle loro rispettive competenze, per impedirlo. Solo nel febbraio 2016 il giovane è uscito dall'incubo: gli è stato infatti consegnato il permesso di soggiorno temporaneo, in attesa dell'asilo politico.

È da accogliersi con favore, allora, il diffondersi della fiducia nella interlocuzione con le comunità islamiche che – al di là delle iniziative preannunciate dal Governo – deve avvenire non solo coinvolgendone i rappresentanti istituzionali, ma anche attraverso scuole, formatori, network e ogni possibile canale di informazione in grado di vincere la fatale attrazione che le “tecniche” dell’IS potrebbe esercitare su giovani sprovveduti.

Non abbiamo la speranza di vincere presto contro questo terrorismo ma perché ciò avvenga nel minor tempo possibile occorre che vi sia massima attenzione e rispetto per le identità degli altri che non possono e non devono annullarsi. Mi permetto di citare, come esempio virtuoso di ciò che occorre, la bella iniziativa che è stata presa dalla Camera dei deputati, il 19 gennaio scorso, dalla Presidente Laura Boldrini che ha organizzato e presieduto un incontro intitolato: «Le donne contro Daesh: il contrasto al radicalismo ed al fondamentalismo». Certo, iniziative come queste non esauriscono quello che si può fare, specie in un contesto di sfida complicatissima da ogni punto di vista, ma sono decisamente importanti nella direzione del confronto e del reciproco rispetto e per far comprendere che l’Europa non può affatto trasformarsi in una fortezza assediata, che sicurezza e libertà sono ben conciliabili e che cultura e democrazia sono fattori unificanti ed irrinunciabili.

Follow the money: sviluppi recenti del contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale*

di Giacomo Roma

Tra gli aspetti geopolitici più complessi nella lotta contro l'organizzazione criminale Daesh – cogliendo l'invito di Luigi Ferrajoli¹ a non identificarla con l'appellativo “Stato” islamico – rientra sicuramente il suo finanziamento. Sono state molto forti le accuse rivolte dalla Russia alla Turchia di acquistare, attraverso il contrabbando, il petrolio estratto in quelle terre e fornire così ingenti fonti di finanziamento ai terroristi. È stato calcolato che i proventi ricavati da Daesh dalla vendita del petrolio sul mercato nero ammonterebbero a più di 500 milioni di dollari, che vanno ad aggiungersi a una somma compresa tra 500 milioni e un miliardo di dollari depredata presso le banche irachene e siriane e ad altri milioni di dollari estorti alle popolazioni sotto il suo controllo².

Questa forte tensione è sfociata nella risoluzione 2253 del 2015, con la quale il Consiglio di sicurezza dell'Onu ha inasprito le sanzioni già previste nei confronti di al-Qaeda, con l'obiettivo di drenare i fondi che sovvenzionano le attività terroristiche di Daesh. Tale Risoluzione, che è stata adottata in applicazione del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite relativo, come noto, alle azioni rispetto alle minacce alla pace, alle violazioni della pace e agli atti di aggressione prevede il congelamento dei beni, il divieto di circolazione, l'embargo per le armi. La Risoluzione pone precisi obblighi

* Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di giugno 2016.

1 L. Ferrajoli, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in questo e-book.

2 Questi dati sono stati forniti dal Sottosegretario al dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti Adam Szubin in un discorso tenuto all'evento Chatham House *US and European sanctions programmes: shared efforts to achieve foreign policy goals*, parzialmente riprodotto in *formiche*, 2/2016, 40-41.

a carico degli Stati, che devono collaborare e adottare ogni misura utile per evitare il finanziamento delle organizzazioni terroristiche sul loro territorio, con una particolare attenzione alle risorse naturali.

La dimensione della cooperazione internazionale è centrale nella lotta contro il terrorismo sul piano economico. Non si tratta di una novità della Risoluzione 2253: essa è presente nei vari strumenti adottati in questo settore e agisce su più livelli. Il contrasto al finanziamento del terrorismo costituisce un vero e proprio sistema multilivello, che trova le sue origini a livello internazionale e le modalità della sua applicazione a livello europeo, con ulteriori specificazioni nelle normative nazionali.

Dopo qualche cenno alle principali fonti del contrasto al finanziamento del terrorismo (§ 1), saranno descritti, senza pretesa di esaustività, i più recenti sviluppi riguardanti i principali strumenti da esse previsti, quali, in particolare, le sanzioni sul piano penale, le sanzioni sul piano finanziario e le misure preventive e di controllo sistematico dei flussi finanziari (§ 2).

1. Il contrasto al finanziamento del terrorismo, un sistema multilivello

A livello internazionale, il testo di riferimento è la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo (Convenzione di New York) del 1999, che contiene l'individuazione dei comportamenti collegati al finanziamento del terrorismo che gli Stati si impegnano a contrastare sul piano penale. A essa si affiancano le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu che, come la citata Risoluzione 2253, prevedono specifiche misure nei confronti dei soggetti sospettati di finanziare il terrorismo.

Una visione complessiva dei diversi strumenti per il contrasto al finanziamento del terrorismo è contenuta nelle raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria internazionale (Gafi o Fatf, *Financial Action Task Force*) creato in ambito Ocse. Esse evidenziano, inoltre, la contiguità tra finanziamento del terrorismo e riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite – e, più in generale, tra terrorismo e criminalità organizzata, estendendo al primo alcuni meccanismi propri dell'antiriciclaggio. Tra le quaranta Raccomandazioni del Gafi, quelle che riguardano specificamente la lotta al finanziamento del terrorismo agiscono su più piani: le sanzioni, le misure preventive, la cooperazione internazionale³.

3 Per una panoramica del rispetto dei principi Gafi nell'ordinamento italiano, si veda il rapporto del

Una logica simile opera a livello europeo, dove, oltre ai Regolamenti con i quali viene data attuazione alle misure di congelamento decise in sede Onu⁴, la cd. Direttiva antiriciclaggio⁵ disciplina, al tempo stesso, il contrasto al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo.

2. Il contrasto al finanziamento del terrorismo, un apparato di strumenti differenziati

2.1. Le sanzioni penali

La Convenzione di New York definisce come reati legati al finanziamento del terrorismo tutti gli atti con cui, direttamente o indirettamente, in violazione di disposizioni di legge e volontariamente, una persona fornisce e raccoglie fondi con l'intenzione o la consapevolezza che essi vengano usati per la commissione di atti contrari a dei Trattati internazionali o rivolti a causare la morte o il grave ferimento di civili o di altre persone che non stanno prendendo attivamente parte a un conflitto armato. L'obiettivo di queste condotte deve essere di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere un determinato atto o ad astenersi dal farlo. Gli Stati devono qualificare questi comportamenti come reati e prevedere delle pene adeguate, escludendo qualsiasi causa di giustificazione fondata su considerazioni

Fondo monetario internazionale di febbraio 2016 (*Report on the Observance of Standards and Codes-Fatf Recommendations for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT)*), IMF Country Report No. 16/43 e *Detailed Assessment Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, IMF Country Report No. 16/44).

4 Regolamento Ce n. 337/2000 (in seguito abrogato dal Regolamento Ce n. 467/2001, a sua volta sostituito dal Regolamento Ce n. 881/2002), emanato in attuazione della Risoluzione n. 1267/1999, per i nominativi designati dal Comitato per le Sanzioni Onu; Regolamento Ce n. 2580/2001, emanato in attuazione della Risoluzione n. 1373/2001, per gli ulteriori nominativi designati nell'ambito della giurisdizione dell'Unione europea, su proposta delle autorità competenti dei diversi Paesi.

5 Direttiva 2005/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, modificata a più riprese e recepita in Italia, per gli aspetti che riguardano il contrasto al finanziamento del terrorismo, dal decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109.

di natura politica, filosofica, ideologica, razziale, etnica o religiosa⁶. Da un punto di vista procedurale, sono previste le condizioni dell'extradizione dei soggetti responsabili di tale comportamento e le garanzie relative ai diritti di difesa, che devono sempre essere rispettate.

Anche il Gafi si interessa all'aspetto penale del finanziamento del terrorismo e raccomanda di reprimere penalmente non solo le condotte in relazione alla commissione di atti terroristici, ma anche i finanziamenti destinati a organizzazioni terroristiche o a singoli individui.

A livello europeo, è ora in discussione una proposta di Direttiva sulla lotta contro il terrorismo⁷, che introduce un reato generale di finanziamento del terrorismo. In particolare, la proposta definisce i reati terroristici sul modello di quanto previsto dalla Convenzione di New York, enumera i reati connessi ad attività terroristiche (pubblica provocazione a commettere un reato di terrorismo, reclutamento o addestramento a fini terroristici, viaggio all'estero a fini terroristici) e prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie per assicurare che costituisca reato, se compiuto intenzionalmente, il fatto di fornire o raccogliere capitali, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, con l'intenzione che tali capitali siano utilizzati, o sapendo che saranno destinati a essere utilizzati, in tutto o in parte, per commettere uno di tali reati terroristici o connessi ad attività terroristiche.

2.2. Le sanzioni finanziarie

Oltre alle sanzioni penali, sono previste delle sanzioni finanziarie, che vengono adottate in ambito Onu e devono essere implementate a livello nazionale, come anche il Gafi raccomanda di fare. La Convenzione di New York impone a ogni Stato firmatario di prevedere adeguate misure per l'identificazione, la scoperta e il congelamento o il

6 A seguito della Convenzione di New York, ha fatto ingresso nel codice penale italiano la fattispecie di associazione con finalità di terrorismo internazionale (art. 270-bis cp, introdotto dal dl 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438). L'apparato repressivo penale in materia di terrorismo è stato ulteriormente arricchito nel 2005 (dl 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2005, n. 155) e recentemente modificato dal dl 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 17 aprile 2015, n. 43.

7 COM(2015) 625 final.

sequestro di tutti i fondi utilizzati o stanziati per commettere atti terroristici, nonché i proventi derivanti da tali atti. I beni confiscati devono essere destinati, in primo luogo, al risarcimento delle vittime del terrorismo.

Sempre in ambito Onu sono state adottate diverse Risoluzioni del Consiglio di sicurezza, a partire dalla 1267/1999, che è all'origine delle Risoluzioni successive e anche della più recente 2253/2015. Con la Risoluzione 1267, che aveva lo specifico obiettivo di contrastare i terroristi di al-Qaeda, è stata introdotta una procedura di “congelamento” di fondi e risorse economiche di varia natura sulla base di una *black list* gestita da un apposito comitato: l'*Al-Qaida sanctions committee*, divenuto l'*Isil (Da'esh) and Al-Qaida sanctions committee* con la Risoluzione 2253. Le liste di congelamento sono il perno della lotta al finanziamento al terrorismo in ambito internazionale: tale meccanismo è stato esteso ai soggetti inseriti in liste gestite a livello nazionale (Risoluzione 1373/2001) e sono state rafforzate le garanzie procedurali a tutela dei soggetti listati (Risoluzioni 1989/2011 su Al-Qaeda e Risoluzione 1988/2011 sui Talebani), affidando a un *Ombudsperson* l'esame delle istanze di cancellazione dalle liste (*delisting*).

Per dare un'idea della dimensione del fenomeno, possono essere citati i dati diffusi per l'Italia dall'Unità d'informazione finanziaria (Uif) nel suo ultimo rapporto. Alla fine del 2014, le risorse sottoposte a congelamento ammontavano a circa 32 milioni di euro, 3,6 miliardi di dollari e poco meno di 200.000 franchi svizzeri. Esse erano riconducibili a 67 soggetti, prevalentemente appartenenti ai gruppi dei Talebani o di Al-Qaeda (38) o provenienti dall'Iran (14).

2.3. Le misure preventive e di controllo sistematico dei flussi finanziari

Tra le misure preventive, il Gafi identifica alcune attività particolarmente a rischio per quanto riguarda il trasferimento di fondi in favore di attività terroristiche. Si tratta delle attività di *money transfer*, dei bonifici bancari e dei movimenti di contante. Gli Stati devono assicurare il controllo degli operatori di *money transfer*, prevedendo un sistema di licenza o autorizzazione. Deve essere, inoltre, assicurato un monitoraggio dei bonifici da parte delle istituzioni bancarie, che devono essere in grado di ricostruire in ogni momento i flussi di denaro che transitano attraverso questo canale e intervenire per bloccare i fondi nel caso di misure di congelamento. Viene richiesto agli Stati, infine, di predisporre degli strumenti per individuare i trasferimenti transfrontalieri di contanti, introducendo meccanismi di tipo dichiarativo, con la previsione di adeguate sanzioni a riguardo.

Le Raccomandazioni del Gafi insistono anche sugli obblighi di reciproca collaborazione. In particolare, non devono costituire degli ostacoli a tale collaborazione né la natura tributaria di alcuni aspetti collegati al finanziamento del terrorismo né l'esistenza del segreto di ufficio o degli obblighi di confidenzialità – è invece lo Stato destinatario dell'informazione a dover mantenere la confidenzialità dell'informazione per evitare di ostacolare un'indagine in corso. Ai fini della reciproca collaborazione devono poter essere utilizzati tutti gli strumenti investigativi consentiti per le indagini dal diritto nazionale (riproduzione e sequestro di documentazione prodotta da istituzioni finanziarie o altri soggetti, prove testimoniali).

Da un punto di vista istituzionale, è centrale il ruolo delle *Financial intelligence unit (Fiu)*, cui devono essere inviate le segnalazioni di attività sospette. La Fiu per l'Italia è l'Unità d'informazione finanziaria, istituita nel 2007 presso la Banca d'Italia in posizione di indipendenza e autonomia funzionale, che cura la raccolta delle informazioni e dei dati di natura finanziaria dei soggetti designati dalle misure di congelamento, agevola la diffusione delle relative liste tramite il proprio sito internet, riceve e analizza le segnalazioni di operazioni sospette⁸. A livello nazionale, compiti di coordinamento sono affidati al Comitato di sicurezza finanziaria istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze.

Le Uif e le altre autorità competenti operano, oltre che nel rispetto dei principi del Gafi, nell'ambito del quadro normativo dettato da norme di livello europeo, che recepiscono gli atti adottati a livello internazionale e prevedono, essenzialmente, obblighi di comunicazione relativi alle azioni intraprese in applicazione di misure di congelamento⁹ e obblighi di segnalazione delle operazioni sospette.

Tale quadro normativo è destinato a evolvere a seguito della recente adozione da parte della Commissione di un piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanzia-

8 Interessante fonte di informazioni è il Portale del contrasto al finanziamento del terrorismo presente sul sito dell'Uif: <https://uif.bancaditalia.it/adempimenti-operatori/portale-contrasto/index.html>.

9 I soggetti obbligati sono tenuti a comunicare entro trenta giorni all'Uif i) le misure di congelamento applicate ai soggetti designati a livello europeo o nazionale, indicando i nominativi coinvolti, l'ammontare e la natura dei fondi o delle risorse economiche; ii) le operazioni, i rapporti e ogni altra informazione disponibile riconducibile ai soggetti designati nelle liste.

mento del terrorismo¹⁰. Il piano d'azione si articola intorno a due direttrici principali: i) impedire lo spostamento di fondi e individuare i finanziamenti dei terroristi, che comprende la parte più corposa delle iniziative proposte e ii) mirare alle fonti dei finanziamenti. Su quest'ultimo aspetto, è interessante, anche per la forza evocativa delle immagini collegate a tale questione, l'idea di promuovere una proposta legislativa contro il commercio illegale di beni culturali – anche se la tempistica proposta (secondo trimestre 2017) non appare in linea con l'urgenza che queste questioni sollevano.

Per quanto riguarda il contrasto ai movimenti di denaro che può essere destinato al finanziamento del terrorismo, la Commissione europea si concentra soprattutto sulle innovazioni nei servizi finanziari e sull'evoluzione tecnologica, che forniscono alle organizzazioni terroristiche strumenti nuovi per ottenere fonti di sostentamento. Si pensi ad esempio alle valute virtuali e alle carte prepagate che consentono lo svolgimento di transazioni in forma anonima e che quindi costituiscono dei punti di particolare vulnerabilità nel complesso sistema di controlli cui sono sottoposti gli intermediari bancari e finanziari. Va sottolineata l'attenzione che la Commissione riserva, anche in questo campo, al bilanciamento tra la necessità di aumentare la sicurezza e la necessità di tutelare i diritti fondamentali, compresa la protezione dei dati, e le libertà economiche. In effetti, anche nel campo del contrasto al finanziamento del terrorismo si pone la questione, che ha costituito il filo conduttore del convegno, della tensione tra diritti di libertà e sicurezza. Essa si pone in termini che sono propri della nostra epoca, dell'era digitale, nella quale enormi masse di dati consentono di controllare i comportamenti degli individui. A tal proposito, basti pensare che la Commissione considera eccessivo un termine di cinque giorni per l'attuazione delle misure di congelamento: è vero che la pericolosità dei comportamenti dei terroristi richiede una risposta molto celere, ma va anche ammesso che, in un tempo così breve, fornire le adeguate garanzie ai destinatari di tali misure pone numerose criticità.

Quando si pensa che i terroristi che hanno compiuto gli attentati di Parigi avrebbero saldato delle stanze di albergo con una carta prepagata, appare naturale pensare che un maggior controllo sia necessario. Se si riflette sul rischio che questo controllo diventi generalizzato, si capisce l'importanza di richiamarsi ai principi dello Stato di diritto, per garantire, per quanto possibile, il rispetto della riservatezza e della libertà personale.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa a un piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo, 2 febbraio 2016, COM(2016) 50 final.

Le minacce del terrorismo, la comunità internazionale, le Nazioni Unite*

di Luigi Marini **

1. Una non breve ma inevitabile premessa

a. Il preambolo della Carta delle Nazioni Unite, sottoscritta nel 1945 dopo feroci conflitti e due guerre mondiali devastanti, apre con le seguenti parole: *«Determinati a salvare le generazioni future dall'orrore della guerra ... e a riaffermare la fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna e di ogni Nazione, piccola o grande che essa sia, ... e a promuovere il progresso sociale e migliori livelli di vita nel contesto di una maggiore libertà ...»*.

Da questa volontà derivano gli scopi e i principi enunciati nel Capitolo I della Carta: pace internazionale e sicurezza, relazioni amichevoli fra gli Stati, cooperazione internazionale, rispetto dei diritti umani, pari dignità della persona e rifiuto di ogni discriminazione.

b. Come avviene per altre dichiarazioni universali, quella Carta ha dovuto fare i conti con una realtà ben diversa dall'utopia di un mondo fatto di relazioni amichevoli e senza guerre. Eppure le Nazioni Unite continuano ad avere un ruolo essenziale di compensazione e di dialogo e, soprattutto, di coordinamento degli sforzi per “riequilibrare gli squilibri”.

* Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di luglio 2016.

** Luigi Marini, magistrato, è *legal adviser* alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite. Le opinioni qui esposte sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Amministrazione.

A partire dagli anni '60 il terrorismo internazionale, con i suoi attentati e la sua violenza multiforme, rappresenta un pericolo aggiuntivo per la pace e la sicurezza ed è andato via via espandendosi dopo il 2001, trovando opportunità, giustificazione e risorse nei profondi squilibri sociali ed economici così come in ogni conflitto regionale non risolto.

Non sono mancati, poi, tra i governanti coloro che hanno pensato di strumentalizzare i piccoli o grandi gruppi armati, coloro che li hanno finanziati e dotati dei mezzi per combattere, coloro che hanno perduto il controllo del gioco e, più di una volta, dovuto fronteggiare le armi e le persone che avevano un tempo sostenuto, addestrato, incoraggiato.

È in questo coacervo di contraddizioni che una comunità internazionale non abbastanza coesa si trova a fronteggiare forme di terrorismo nuove e mutevoli, nonché di dimensioni e aggressività crescenti. Sebbene non sia la prima volta che le forme di violenza terroristica rivendicano le basi religiose del proprio agire, quello che accade adesso con la vernice islamica è in grado di mettere in grande difficoltà le varie articolazioni culturali e politiche che formano la comunità internazionale. A partire da coloro che si riconoscono in una lettura “moderata” dell'Islam e che sembrano costituire i primi bersagli del terrorismo di Isil, Al Nusrah Front e, almeno in parte, Boko Haram.

Questi gruppi, facendosi paladini di una interpretazione del testo religioso che non ammette diversità e che deve essere imposta anche con la violenza, rendono oltremodo complessa la risposta che viene da coloro che vivono secondo una diversa interpretazione del medesimo testo o nel rispetto di altri testi religiosi, così come la risposta di coloro che si riconoscono nei principi della laicità delle istituzioni e della vita sociale. E tale complessità aumenta quando si comprende che le motivazioni religiose nascondono/rafforzano finalità tipiche di arricchimento e di potere capaci di attrarre nuovi sostenitori e nuovi combattenti oppure sfruttano il disagio profondo che attraversa gruppi, generazioni, individui.

c. Tutto questo è noto da tempo alle diverse istituzioni che in ambito Nazioni Unite si dedicano al contrasto al terrorismo internazionale. Grande è lo sforzo di analisi e di risposta messo in campo per affrontare partitamente i profili militari, quelli socio-economici e quelli culturali-religiosi, mettendo a nudo le situazioni ambientali, le relazioni e le condotte che favoriscono l'esistenza e l'azione dei gruppi terroristici. L'idea che si assista a fenomeni di islamizzazione della radicalità piuttosto che a diffusa radicalizza-

zione dell'Islam sembra prevalere nelle analisi, anche se è a tutti presente il fatto che col passare del tempo i diversi profili tendono a integrarsi e complicarsi.

Accanto e prima di questo assistiamo a condizioni di diffusa tensione in tutte le regioni del mondo, con un rapporto *global-local* che ingenera insicurezze profonde e reazioni “di pancia” che, purtroppo, tendono col tempo a trasformarsi in dato strutturale e favoriscono processi di estremismo che, a loro volta, favoriscono risposte violente. Questo accade nella nostra Europa come in altre parti del mondo e riguarda sia singoli individui sia gruppi di persone di diversa composizione. Sono, dunque, riduttive e inaccurate le analisi che legano l'estremismo a una singola espressione culturale e/o religiosa e che omettono di considerare le forme di violenza basate su logiche identitarie, localiste o etnico-raziali che segnano tutte le regioni del mondo.

Affrontare le “cause profonde” della violenza su base ideologica, il così detto estremismo violento, è ormai una priorità largamente condivisa, anche se la valenza politica e le implicazioni a livello di rapporto fra Stati rendono tutt'altro che facile, come vedremo, procedere secondo linee e prospettive coerenti nei fatti. Creare società inclusive e trasparenti, rafforzare la *Rule of Law* a livello internazionale e nazionale, potenziare il ruolo delle donne e l'azione positiva delle comunità, investire in cultura-educazione e formazione delle nuove generazioni e investire su forme positive di comunicazione sociale; sono queste alcune delle priorità che le Nazioni Unite stanno proponendo agli Stati membri come via da affiancare alle inevitabili azioni militari e repressive che da anni sono in corso senza risultati sufficienti.

d. Gli Stati membri delle Nazioni Unite non hanno trovato un accordo sulla definizione dei concetti di estremismo violento e di terrorismo. Troppi sono gli attori di questo confronto che pagano un prezzo alle esigenze interne al singolo Paese oppure a interessi geopolitici che condizionano la volontà di giungere a un punto accettabile di accordo. Accordo che, invece, è stato raggiunto sulla natura terroristica dei singoli atti e di alcuni gruppi, a partire da Talebani, Al-Qaeda, Al Nusra Front, Boko Haram. Questi fatti rendono evidente che il terreno su cui ci stiamo muovendo è quello della politica e che essenzialmente politiche debbono essere le soluzioni messe in campo dalla “comunità internazionale”. La dimensione politica e sovranazionale dell'azione di quei gruppi permane anche quando essi operano per radicarsi territorialmente, secondo una logica e modalità che stanno mettendo in crisi le conoscenze acquisite e le analisi fondate sulle esperienze del passato.

L'accelerazione impressa dagli attentati che recentemente hanno colpito il cuore di città occidentali e dal fenomeno dei *foreign terrorist fighters* (Ftf) sta ricevendo una risposta che conferma l'ottica occidental-centrica con cui i fenomeni terroristici sono affrontati e, nello stesso tempo, mette a dura prova l'affermazione che i terroristi sono criminali che «non riusciranno a cambiare il nostro stile di vita e i nostri valori»¹. Inoltre, il livello elevatissimo di atrocità e la dimensione assunta dall'aggressione sistematica alle libertà fondamentali e alla stessa vita costituiscono elementi che ci spingono a parlare di una "alterità" non riducibile e spingono molti opinionisti, uomini politici e cittadini verso l'idea che solo le risposte repressive possono neutralizzare un pericolo così radicale e incompatibile con la nostra civiltà.

Senza negare la centralità della risposta investigativa e giudiziaria, almeno nei Paesi in cui questo è possibile, nessun successo contro il terrorismo internazionale è possibile in assenza di un cambiamento di politiche a livello nazionale, regionale e internazionale.

2. Il sistema delle Nazioni Unite: una panoramica

Per quanto sintetica, una panoramica dell'azione delle Nazioni Unite contro il terrorismo internazionale richiede di muovere da una illustrazione di alcuni punti preliminari e dall'esame di otto diversi settori fra loro complementari: il diritto umanitario; le convenzioni internazionali sul terrorismo; i Comitati Paese e i relativi sistemi sanzione; l'Assemblea generale e i suoi organi ausiliari; il Consiglio di sicurezza e i suoi organi ausiliari, compresi i Comitati sanzione; la Corte penale internazionale; le coalizioni anti-terrorismo; la società civile e le organizzazioni non governative.

Escludendo i tribunali internazionali, che hanno, compresa la Corte penale Internazionale, una funzione che potremmo definire "di secondo grado"², il quadro degli organismi e delle entità che concorrono all'azione delle nazioni Unite in materia di terrorismo può essere sintetizzato nello schema che segue.

1 Fu, questo, un passaggio essenziale del lucido, commovente e applaudito discorso che l'allora Ministro degli esteri francese pronunciò in un dibattito organizzato presso le Nazioni Unite poco dopo la strage di Parigi del gennaio 2015. Quel Ministro si è nel frattempo dimesso dall'incarico per contrasti con le politiche governative proprio in tema di deroga alle garanzie costituzionali e lo stato di eccezione ha avuto in Francia una durata ben maggiore di quanto previsto.

2 Altro intervento si occuperà in questo seminario della Corte penale e delle sue attribuzioni.

CONVENZIONI E PROTOCOLLI INTERNAZIONALI

Si tratta delle 12 Convenzioni e relativi Protocolli in materia di terrorismo (aerei, navi, sequestri, esplosivi, ostaggi, diplomatici...) adottate a partire dal 1963.

Va ricordata per la sua attualità la Conv. del 1999 in materia di finanziamento al terrorismo

MISSIONI INTERNAZIONALI (e relative Com. Sanzione)

- Somalia/Eritrea: Ris. CdS 751(1992) e 1907 (2009)
- Iraq: 1518 (2003)
- Sudan: 1591 (2005)
- Libia: 1970 (2011)
- Rep. Centro Africana: 2127 (2013)
- Sud Sudan: 2206 (2015)
- Yemen: 2140 (2014)

IL DIRITTO UMANITARIO

È costituito dalle convenzioni dell'Aja e di Ginevra che regolano conflitti armati, i combattenti, etc.

Sul diritto all'autodeterminazione si veda anche la Ris. della GA 46/51 del 1991, in part. Paragrafo 15.

SEGRETARIATO GENERALE

1. compiti di organizzazione e implementazione - v. UNODC
2. reportistica (su richiesta GA o CdS)
3. proposta (v. rapporto del 2006 su cui si basa la Strategia Globale del 2006 o il Piano d'Azione contro l'estremismo violento oggetto della risoluzione di GA 70/254)

ASSEMBLEA GENERALE

RISOLUZIONI RECENTI

- Strategia globale (68/276 del 2006 che è soggetta a revisione nel 2016)
- Missioni per elim. terrorismo (70/120)
- Assistenza tecnica (70/177)
- World Against Violent Extrem. (70/179)
- Intolleranza, Violenza (70/157)
- Tutela diritti umani nel contrasto al terrorismo (70/148)
- Piano d'azione contro estremismo violento (70/254)

ORGANISMI

COUNTER TERRORISM IMPLEMENTATION TASK FORCE (CTITF) che ha compiti di coordinamento di tutte le 38 entità che nell'ONU si occupano di terrorismo a diverso titolo

UN COUNTER TERRORISM CENTRE (UNCCT) con compiti implementazione del II pilastro della Strategia Globale

CONSIGLIO DI SICUREZZA

RISOLUZIONI PRINCIPALI

TALEBANI - 1267 (1999) e 1988 (2011) e 2255 (2015)
ISIL-AL QAEDA - 1267 (1999) e 1333 (2000) e 1989 (2011) e 2253 (2015) – su sistema di “listing” ris. 2161 (2014)
ISIL e AL-NUSRA - 2170 (2014)
FINANZIAMENTO e FREEZING - 1373 (2001)
INCITAMENTO AL TERRORISMO - 1624 (2005)
FOREIGN TERR.FIGHTERS - 2178 (2014)
CRIM.ORG E TERRORISMO - 2195 (2014)
FINANZIAMENTO E SANZIONI - 2199 (2015) e 2253 (2015)
ARMI DISTRUZIONE DI MASSA -1540 (2004)

ORGANISMI PRINCIPALI

COUNTER TERRORISM COMMITTEE (CTC) - Ris. 1373 (2001)+ CTED (assessment della risposta al terrorismo) + MONITORING TEAM (assessment dei rischi e collaborazione tecnica in relazione a ISIL-Al QAEDA)

COMITATI SANZIONE

In particolare TALBANI e ISIL-AL QAEDA (v. sopra)

OMBUDSPERSON

Istituito con ris. 1904 (2009) e regolato ancora con ris. 2253 (2015)

SOCIETÀ CIVILE

Il riferimento è alle realtà (associazioni umanitarie, ONG, centri studi, associazioni locali) che collaborano con le istituzioni o comunque operano anche in modo indiretto nel contrasto al terrorismo.

COALIZIONI

Esistono coalizioni “globali”, come il G.C.T.F. o la coalizione Anti-Isil, e coalizioni su base regionale, come quella che combatte Boko Haram o quella che si è costituita in relazione alle vicende dello Yemen.

Esigenze di spazio e di comprensione ci impongono di concentrare l'attenzione sugli organismi e sui profili maggiormente rilevanti, con il che verranno sinteticamente illustrati i lavori soprattutto della Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza.

3. L'Assemblea Generale e gli organi ausiliari

a. L'Assemblea generale (Ga) può essere considerato il luogo del dibattito e delle scelte di indirizzo delle Nazioni Unite che nascono dall'accordo, unanime o parziale, fra i 193 Stati. Si tratta di un organismo in realtà composito, che al momento assembleare puro affianca l'attività dei propri organi ausiliari che, per quanto ci interessa, sono basati in New York (Ecosoc³) in Vienna (Ccpcj⁴) e Ginevra (Unhrc e Ohchr⁵).

Come ho avuto modo di dire⁶, il circuito deliberativo che lega le sedi di Ginevra, Vienna e New York sui temi legati alla tutela dei diritti e legati alla giustizia penale e al terrorismo comporta livelli diversi di analisi e di deliberazione che solo in parte conducono al recepimento formale in Assemblea del lavoro e delle decisioni assunte altrove. È impossibile tentare di sintetizzare qui la complessità delle concrete relazioni tra organismi che operano in maniera complementare ma perseguendo meccanismi e logiche diverse. Capita così che rapporti o decisioni assunte dagli organismi deputati espressamente alla tutela dei diritti umani impieghino anni a trovare sviluppo nelle sedi newyorkesi, così come capita che i contenuti delle deliberazioni o risoluzioni adottate a Vienna e Ginevra nel corso dell'anno vengano riprese nei lavori assembleari dell'autunno successivo.

b. Ciò detto, possiamo muovere dalla constatazione che nel 2006 la Ga ha adottato una risoluzione intitolata «Strategia globale delle Nazioni Unite contro il terrorismo»⁷,

3 *Economic and social council.*

4 *Commission on Crime prevention and criminal justice.*

5 *UN Council on human rights; Office of the high commissioner on human rights.*

6 I diritti, i tempi, i luoghi (Le Nazioni Unite e i loro percorsi), in *Questione Giustizia* trimestrale, 4/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/2015-4.php.

7 Risoluzione 60/288 dell'8 settembre 2006.

con approvazione del relativo piano d'azione, che si affianca alla tradizionale risoluzione intitolata alle «Misure per eliminare il terrorismo internazionale»⁸. La strategia globale è soggetta a revisione biennale e “festeggia” quest’anno il decimo anniversario e la sua quinta revisione, da adottarsi entro la fine del mese di giugno 2016⁹. A queste due principali risoluzioni se ne affiancano altre, oggettivamente rilevanti ai nostri fini. Una prima è dedicata alla «Protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel contrasto al terrorismo»¹⁰, cui si aggiunge la risoluzione «Un mondo contro la violenza e l'estremismo violento» (conosciuta come Wave). Non mancano, poi, due risoluzioni di taglio eminentemente operativo. La prima si intitola «Assistenza tecnica per implementare le convenzioni internazionali e i protocolli relativi all’anti-terrorismo»¹¹. La seconda è dedicata al tema del contrasto alla criminalità organizzata¹² e, in particolar modo proprio nel 2015, non manca di introdurre elementi rilevanti ai fini della cooperazione internazionale anche con riferimento sia ai generali legami fra terrorismo e crimine organizzato sia a specifici aspetti del contrasto al terrorismo (finanziamento; contrasto ai traffici illeciti; contrasto al fenomeno dei *foreign terrorist fighters*). Seguita e facilitata dall'Italia, la risoluzione ricorda come gli strumenti di cooperazione internazionale previsti dalla Convenzione di Palermo possano trovare applicazione in sede di indagine e di processo per reati di terrorismo che rispondano alla qualifica di “*serious crime*” secondo i requisiti previsti l’art.2 della Convenzione stessa.

Riferimenti significativi al contrasto al terrorismo sono presenti in altre risoluzioni di assemblea, *in primis* quelle dedicate alla protezione dei beni culturali in Iraq e alla restituzione ai Paesi di origine dei beni culturali, artistici e archeologici oggetto di condotte illecite.

8 La prima «Dichiarazione sulle misure ...» fu adottata con la breve risoluzione 49/60 del 9 dicembre 1994 e fu quindi integrata mediante un documento annesso alla risoluzione 51/210 del 17 dicembre 1996.

9 L’ultima revisione in ordine di tempo è oggetto della risoluzione 68/276 adottata il 13 giugno 2014.

10 Si tratta di risoluzione che trova la propria genesi nei lavori del Consiglio per i Diritti umani di Ginevra.

11 Essa trova la propria genesi nella analoga risoluzione Ecosoc che viene sottoposta alla approvazione della Ga.

12 «*Strengthening the United Nations crime prevention and criminal justice programme, in particular its technical cooperation capacity*».

c. È bene ricordare, infine, che nel mese di febbraio 2016 la Ga ha approvato una brevissima risoluzione dedicata alla prevenzione dell'estremismo violento che “prende atto” del Piano di azione presentato il 15 Gennaio 2015 dal Segretario generale. Su questo torneremo in seguito.

d. Quanto alla Strategia globale contro il terrorismo, il primo “piano d'azione” introdotto con la risoluzione del 2006 presentava indubbiamente un approccio innovativo, articolandosi in più settori che prendono le mosse dalle risposte ai fattori che favoriscono il terrorismo, per giungere al tema del rispetto dei diritti umani nel contrasto al fenomeno. Venivano così fissati i “quattro pilastri” che costituiscono il riferimento dell'azione complessiva adottata dalla Ga¹³. Si tratta di un documento importante, che indica agli Stati membri chiare prospettive politiche e, in parte, operative, e richiama l'esigenza di una sinergia con le organizzazioni dedicate delle Nazioni Unite. Un documento importante anche per lo sforzo di riaffermare come il contrasto al terrorismo non possa mai far venire meno la centralità del mandato delle Nazioni Unite: la difesa dei diritti umani riferita a tutti i soggetti coinvolti e la non rinunciabilità delle garanzie essenziali proprie della *Rule of Law*.

Le revisioni biennali della risoluzione dedicata alla Strategia globale sono state oggetto di negoziati complessi, che hanno cercato di aggiornare e attualizzare il testo e risentito del mutare degli equilibri a livello internazionale. Il percorso verso la risoluzione 2016 si presenta oltremodo difficile da gestire.

e. Come si vede, la molteplicità delle deliberazioni adottate nel tempo dalla Ga, e dagli organi ausiliari, porta a una evidente stratificazione di linguaggi e di impegni che non risulta né razionale né efficace. Non può, tuttavia, dimenticarsi la molteplicità e la varietà delle posizioni espresse dai 193 Stati su un tema così complesso e così “politico”. Ne consegue che attorno ad un nucleo centrale di indiscussa e pressoché unanime

13 Questi i titoli dei quattro paragrafi e dei relative “pilastri”: *I. Measures to address the conditions conducive to the spread of terrorism; II. Measures to prevent and combat terrorism; III. Measures to build States' capacity to prevent and combat terrorism and to strengthen the role of the United Nations system in this regard; IV. Measures to ensure respect for human rights for all and the rule of law as the fundamental basis of the fight against terrorism.*

condanna degli atti di terrorismo si articolano posizioni che muovono da sensibilità diverse, interessi nazionali, equilibri regionali o globali. Di queste difficoltà fa fede lo stallo in cui si trova il gruppo di lavoro che da molti anni cerca di pervenire alla formulazione di una convenzione globale contro il terrorismo e che proprio sulla definizione del concetto di terrorismo non è in grado di giungere a una sintesi condivisa (v. *infra*).

Non meraviglia che in questa situazione i documenti prodotti dalla Ga costituiscano riferimenti importanti, che ogni anno risentono e riportano le mutate condizioni internazionali, ma non si prestano ad avere conseguenze dirette, essendo la implementazione delle risoluzioni assembleari - e dei principi e delle indicazioni in esse contenute - rimessa all'applicazione volontaria da parte degli Stati. Non meraviglia, poi, che il baricentro delle politiche antiterrorismo si sposti verso il Consiglio di sicurezza (Cds), le cui risoluzioni sono accompagnate da meccanismi di implementazione e da meccanismi sanzionatori.

Questa affermazione, che non manca di concretezza, va peraltro valutata alla luce di una circostanza importante, rappresentata dalle azioni che il Segretariato generale intraprende, attraverso le Agenzie e gli organismi specializzati, al fine di dare corpo a programmi e progetti che diano attuazione concreta alle risoluzioni assembleari. Basti pensare al lavoro di Unodc¹⁴ e del suo settore antiterrorismo e ai progetti, cui faremo cenno, che altri corpi delle UN conducono per la prevenzione dell'estremismo, la lotta alla radicalizzazione, il sostegno alle realtà locali e regionali impegnate contro il terrorismo.

f. Questa realtà è sotto gli occhi di tutti e un tentativo di risposta a questi e altri aspetti critici è venuto mediante la costituzione di un organismo che ha sulla carta compiti e poteri di coordinamento di tutte le articolazioni incaricate di dare attuazione alle politiche delle Nazioni Unite in materia di terrorismo.

Si tratta della *Counter terrorism implementation task force* (Ctitif) e, nel suo contesto, del *United nations counter terrorism centre* (Uncct).

La Ctitif fu inizialmente creata nel 2005 dal Segretario generale al fine di dare coerenza e coordinamento all'azione delle Nazioni Unite in questo settore. Essa ha poi ricevuto una veste istituzionale nel 2009 a seguito della risoluzione di Ga 64/235, di-

¹⁴ *United nation office on drugs and crime*.

venendo un vero e proprio ufficio¹⁵. Incaricata di operare come strumento di stimolo e di coordinamento, attualmente è il punto di riferimento delle 38 entità delle Nazioni Unite che a vario titolo hanno competenza o conducono iniziative in materia anti terrorismo. Essa ha anche il compito di tenere i collegamenti e di cooperare con gli Stati membri e con le istituzioni che operano a livello internazionale al di fuori delle Nazioni Unite, nonché di reperire fondi *extra-budget* per le esigenze di azione e per i progetti che vengono messi in campo. Una particolare attenzione viene dedicata ai progetti di *capacity building* indirizzati ai Paesi che mostrano le maggiori carenze e le maggiori necessità di rafforzamento nelle istituzioni politiche, investigative, giudiziarie e operative¹⁶. La Ctif, infine, coadiuva il Segretario generale nel predisporre il rapporto biennale in vista della revisione della Strategia globale¹⁷.

Nel contesto della Ctif è stato successivamente creato il *Counter terrorism centre* (Uncct). Nato sotto la spinta di una iniziativa saudita del 2005, il Centro trovò un richiamo nella risoluzione di Ga del 2006 che dava vita alla Strategia globale¹⁸. Il Centro fu dunque pensato come strumento direttamente funzionale al secondo pilastro, dedicato alla prevenzione e alla lotta al terrorismo e, dunque, agli aspetti più operativi, se vogliamo repressivi, che si legano a tale finalità. In concreto esso ha avuto vita solo nel settembre 2011 grazie a un sostanzioso finanziamento dello Stato che aveva assunto l'iniziativa e fu collocato organizzativamente nel contesto della *Task force* sopra citata; a sua volta, la AG lo ha sostenuto nell'ambito della risoluzione 68/10 del successivo mese di novembre.

15 Collocata all'interno del Dipartimento per gli Affari politici e diretta da un *Under Secretary general*.

16 Merita qui ricordare che agli inizi del 2016 il Ctif ha presentato agli Stati un resoconto delle iniziative avviate dal sistema Onu a partire dal 2015 in tema di Ftf e ha evidenziato l'esistenza di 57 progetti che affrontano diversi aspetti del problema e sono co-gestiti da due o più Agenzie o entità Onu nelle diverse parti del mondo, spesso in cooperazione con singoli Stati o con organismi internazionali e con il supporto di Ong e parti della società civile.

17 Sul punto si richiamano le risoluzioni 62/272, 64/297, 66/282 e 68/276.

18 La risoluzione del febbraio 2006, con riferimento al secondo pilastro della strategia, affermava infatti: «*acknowledges that the question of creating an international centre to fight terrorism could be considered, as part of the international efforts to enhance the fight against terrorism.*».

4. Il piano d'azione per prevenire e combattere l'estremismo violento.

a. Le premesse generali

Il piano d'azione presentato con il supporto del Ctif dal Segretario generale (di seguito Sg) il 15 Gennaio 2016 non fa mistero di escludere ogni tentativo di definizione generale sia del concetto di "estremismo violento" sia del concetto di "terrorismo". Entrambe le definizioni sono espressamente riservate dal Segretario generale alle competenze dei singoli Stati e non hanno ancora trovato un riconoscimento condiviso e ufficiale a livello internazionale. Per questo il piano d'azione intenzionalmente evita di avventurarsi in questioni di definizione e preferisce concentrarsi sui profili di azione pratica.

Nelle sue premesse il Sg chiarisce che è propria intenzione affrontare le forme di estremismo violento «se e quando conducono al terrorismo» (sarebbe meglio dire ad atti di terrorismo). E poco dopo rileva che milioni di persone hanno dovuto fuggire dai territori controllati da gruppi terroristici «e» da gruppi estremistici violenti. In altri termini, è chiaro che l'estremismo violento è considerato una realtà diversa dal terrorismo, con questo non coincidente, ma in se stesso pericoloso, con la conseguenza che merita di essere affrontato «in tutte le sue forme e dovunque abbia luogo».

Ciò non di meno, muovendo dalla missione delle Nazioni Unite quale organismo promotore e costruttore di pace, il Sg osserva come il Consiglio di sicurezza abbia sottolineato che l'estremismo violento può facilitare il e condurre al terrorismo, e deve sotto questo profilo essere affrontato con una approccio globale e coordinato (risoluzione 2178 del 2014).

Fondamentale in questa direzione è la «Strategia globale anti-terrorismo» adottata dall'Assemblea generale con la già citata risoluzione 60/288 del 2006, soggetta a revisione biennale.

Muove da qui il passaggio fondamentale del discorso del Segretario generale: se nei 9 anni passati le Nazioni Unite si sono concentrate sul secondo pilastro della strategia (prevenzione e contrasto al terrorismo), è giunto il momento di ammettere che questo approccio non si è rivelato alla prova dei fatti adeguato e sufficiente e che occorre investire sui pilastri primo e quarto: le condizioni che favoriscono il terrorismo; il rispetto dei diritti umani e della *Rule of Law* nell'azione di contrasto al terrorismo.

b. Lo schema essenziale

Il piano d'azione si articola in 3 parti:

1. I danni provocati dall'estremismo violento alla pace e sicurezza (e qui non manca di richiamare l'esistenza di legami fra terrorismo e crimine organizzato); allo sviluppo sostenibile; ai diritti umani e alla *Rule of Law*; alle comunità (in tre anni le persone *displaced* sono passate da 42,5 a 59.5 milioni);
2. Il contesto e i fattori che favoriscono l'estremismo violento : a) le carenze di opportunità sociali, marginalizzazione, cattivo governo e violazione dei diritti umani, esistenza di conflitti non risolti, radicalizzazione nelle carceri; b) i processi di radicalizzazione¹⁹;
3. Sette diversi profili di azione che possiamo ricondurre a tre categorie principali: a) le raccomandazioni per prevenire l'estremismo violento, in particolare l'esistenza di una disciplina "globale" che deriva dai provvedimenti della Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza, nonché la necessità di dare vita a i piani d'azione nazionali e regionali e di ri-direzionare l'impiego dei fondi; b) specifiche linee di azione (favorire i percorsi di dialogo; migliorare le *governance*, la tutela dei diritti umani e la *Rule of Law*; coinvolgere le comunità locali e le famiglie; rafforzare le opportunità delle generazioni giovani; coinvolgere e rafforzare il ruolo delle donne; investire in educazione, *training* e lavoro; operare in modo strategico nel settore della comunicazione e dei social media; c) il rafforzamento del ruolo di supporto che le Nazioni Unite e le loro diverse Agenzie ed entità possono svolgere in favore degli Stati, degli organismi regionali e delle comunità.

A proposito del ruolo delle Nazioni Unite, il piano d'azione elenca al par.8 i principali organismi che operano direttamente o indirettamente nel contrasto all'estremismo violento (e al terrorismo) e quindi ricorda, al par.43, che complessivamente gli organismi coordinati all'interno della Ctif sono particolarmente numerosi.

Non manca nel piano d'azione neppure un richiamo, importante, ai contenuti della «Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile», che fissa gli obiettivi principali che le

19 Si tratta di quelli che possono definirsi «Fattori di richiamo», che hanno un ruolo chiave nel trasformare idee e ingiustizie in azioni estremiste e violente: condizione di provenienza e motivazioni dei singoli individui; malcontento collettivo e senso di persecuzione; distorsione e abuso di credenze, ideologie politiche e differenze etniche e culturali; leadership; abuso delle reti sociali.

Nazioni Unite si sono date per il prossimi quindici anni e che lega in modo evidente lo sviluppo “sostenibile” con i processi di pace e sicurezza.

c. Il percorso di adozione

Nelle intenzioni del Sg e di una parte degli Stati membri che maggiormente ne condividono l’iniziativa, il Piano costituiva il punto di arrivo del dibattito internazionale²⁰ e del processo di valutazione dell’azione posta in essere e, insieme, la base per una larga condivisione della nuova impostazione; un chiaro *endorsement* da parte della Ga costituiva lo sbocco atteso.

Non è andata proprio così. Alcuni Stati hanno immediatamente preso le distanze da un documento che il Sg avrebbe elaborato e diffuso senza, si è contestato, adeguate consultazioni con tutti gli Stati membri. Altri hanno giudicato sbilanciata e non accettabile l’analisi che il Sg ha compiuto circa i fattori che contribuiscono alle derive violente, con particolare riferimento all’assenza di adeguato esame dei fattori di “politica internazionale” e la sopravvalutazione dei fattori locali e regionali. Ancora, si è affermato che il Piano è nei fatti concentrato solo sul Medio Oriente e su realtà specifiche, dimenticando altre realtà. Infine, non sono piaciuti ad alcuni Stati i riferimenti all’esigenza di piani nazionali, avvertiti come un obbligo che potrebbe trovare sanzioni politiche e a cui non corrispondono adeguate risorse.

Si tratta di critiche diverse che non è stato possibile comporre, così che la risoluzione di Ga che nel Febbraio scorso ha esaminato il Piano d’azione ha “benvenuto” l’iniziativa del Sg, considerata in sé positiva, ma ha solo “preso atto” del Piano e rinviato il suo esame al processo di revisione della Strategia globale che avrà luogo alcuni mesi più tardi²¹.

²⁰ Nel corso dell’ultimo anno non si contano i dibattiti che hanno avuto luogo presso le Nazioni Unite in New York e presso altre realtà che operano in città (NY University, IPI, etc.) che hanno avuto come oggetto – e scopo – la revisione critica delle politiche seguite; l’attualizzazione dei temi legati alla prevenzione dell’estremismo violento e del terrorismo; il ruolo delle donne e dei giovani quali vittime, veicolo e risposta rispetto alla violenza e al terrorismo; la tutela dei diritti umani di tutti gli attori coinvolti; l’utilizzo delle tecnologie da parte dei terroristi e del contro-terrorismo; le narrazioni dei terroristi e le contro-narrazioni; il ruolo della società civile come strumento di reazione alla radicalizzazione; l’importanza della *Rule of Law* e di sistemi giustizia trasparenti e “fair”; e così via.

²¹ Risoluzione 70/254 del 16 febbraio 2016 intitolata «*Secretary-general’s plan of action to prevent*

d. Qualche considerazione critica

d.1. La insolitamente lunga premessa del documento del Sg costituisce una parte fondamentale del testo sul piano politico e delle implicazioni generali. Dichiarando l'esclusiva competenza statale nel definire i concetti di terrorismo e di estremismo violento e limitando il raggio di azione del documento ai casi in cui il secondo si pone in collegamento con il primo, la premessa disinnescava alcuni dei probabili momenti di conflitto e tende a favorire la formazione di un più ampio consenso.

Il Sg ha piena contezza di quanto negli ultimi tempi siano divenute visibili le frazioni e le frizioni esistenti fra i gruppi regionali e dentro gli stessi gruppi, e questo lo ha spinto a contenere il proprio intervento nel limite dei profili che già hanno formato oggetto di elaborazione nelle diverse sedi e che si presentano come potenzialmente condivisi. Il *focus* posto sul primo e sul quarto pilastro, inoltre, mira a favorire un esito positivo dei negoziati sulla revisione biennale della strategia globale. Analoghe le premesse di una precisazione importante che il Piano contiene in linea con il linguaggio acquisito anche in sede di Cds: estremismo e terrorismo non possono essere associati a nessuna civiltà e nessuna religione. Evidente il significato assunto oggi dal ribadire tale affermazione.

d.2. Venendo ai contenuti del piano, appare evidente come il Segretario generale (e il Ctif che lo ha coadiuvato) si muova secondo una linea già tracciata nel lavoro svolto dalle strutture anti-terrorismo nei mesi scorsi. La comparsa rapida e violenta di Isil-Da'esh sulla scena mondiale, le sue specifiche e nuove caratteristiche e, soprattutto, il fenomeno dei *foreign terrorist fighters* (Ftf) costituiscono le premesse dell'enfasi che viene posta sulla prevenzione e sulle radici profonde dei percorsi che conducono (soprattutto) le generazioni più giovani a radicalizzarsi e a compiere l'ultimo passo verso scelte di vita attiva nei gruppi terroristici.

È chiaro a tutti che scelte di radicalizzazione e di estremismo violento non si collegano solo a uno specifico oppure a pochi gruppi terroristici. La strage finlandese del 2011, una serie di eventi violenti avvenuti in Usa, le vicende che interessano il Kosovo e altre aree geografiche impongono di guardare all'estremismo violento con un approccio più ampio; ma non c'è dubbio che sono i suoi legami con il terrorismo a rappresentare il centro del documento.

violent extremism».

d.3. Numerose sono le indicazioni e le richieste che il piano d'azione formula, in primo luogo, agli Stati. A partire dalla formulazione di piani d'azione nazionali, e poi regionali, che includano i numerosi profili di prevenzione e di reazione che sono elencati nella terza parte del documento. Le numerose misure proposte dal Sg sono articolate e diverse fra loro; vanno da interventi sociali di lungo periodo (inclusione; educazione; lavoro; politiche giovanili; politiche di genere) a iniziative specifiche che toccano punti sensibili (tutelare i simboli e i luoghi delle diverse culture; favorire l'accesso alla giustizia; dare vita a percorsi di de-radicalizzazione nelle carceri; e così via). Non vi è dubbio che molte di queste indicazioni possono trovare amplissimo consenso fra gli Stati, ma è altrettanto sicuro che numerosi profili aprono dissonanze se non veri e propri conflitti.

d.4. Vengono qui alla luce le profonde differenze esistenti attorno alle idee di *Rule of Law*, di indipendenza del giudiziario, di partecipazione della società civile, tanto per citare solo alcuni dei temi che ho affrontato in altro scritto²². Del resto, una volta che in un sistema giuridico che non attribuisce valore vincolante ai propri atti normativi si decide di rimettere ai singoli Stati la definizione stessa dei termini essenziali del problema e la individuazione delle risposte concrete, non si può non accettare come conseguenza la disomogeneità degli approcci e delle misure adottate nei fatti.

d.5. Lo stesso problema esiste, sotto diverso aspetto, per l'azione degli organismi Onu. Si è detto che le agenzie ed entità che si occupano di terrorismo sono in tutto 38 e vengono in qualche modo coordinate dalla Ctif. Dico "in qualche modo" perché le differenze strutturali e di mandato fra le diverse entità, le diverse fonti di finanziamento che le contraddistinguono e le altrettanto differenti logiche rendono problematico un vero coordinamento. Il tutto al netto dei personalismi che inevitabilmente segnano i vertici delle singole entità Onu e delle limitate possibilità di azione della Ctif. Non è un caso che l'ampiezza e la complessità del piano d'azione abbiano spinto più di un attore a prospettare la creazione di una figura di coordinamento nuova che, quanto meno, monitori e sostenga il processo di implementazione del piano stesso.

d.6. Quest'ultimo profilo, che mira a modificare la struttura anti-terrorismo che le Nazioni Unite si sono date finora, è destinato ad aprire un confronto molto duro,

²² I diritti, i tempi, i luoghi (Le Nazioni Unite e i loro percorsi), cit.

soprattutto fra i Paesi che guardano al Cds come l'unico organo veramente in grado di dare risposte al terrorismo e i Paesi che lamentano la politica chiusa e non democratica del Cds e chiedono che il suo eccessivo potere venga bilanciato dall'azione della Ga e degli organismi che a essa fanno riferimento. Si tratta di un tema che emergerà senza dubbio nei negoziati per la revisione della Strategia globale.

5. La sempre rinviata definizione del concetto di “terrorismo”

Prima di passare ai temi legati all'attività del Cds, devo spendere due parole su una circostanza che lascia perplessi perfino molti attori della scena internazionale: la mancata definizione di un concetto condiviso di “terrorismo”.

a. È bene muovere dalla risoluzione 49/60 del 9 Dicembre 1994 con cui la Ga adottò la dichiarazione intitolata «Misure per eliminare il terrorismo internazionale» indirizzata a sostenere gli sforzi della comunità nel contrasto al fenomeno. Richiamati i principali strumenti internazionali dedicati alla promozione della pace, al rifiuto delle forme di azione violenta e alla tutela dei diritti politici e civili, nonché richiamate le convenzioni contro gli atti di violenza commessi contro aeromobili, contro il trasporto marittimo, contro diplomatici, etc., la dichiarazione condanna «tutti gli atti, i metodi e la pratiche di terrorismo» e dichiara non giustificabili in alcuna circostanza «gli atti criminali diretti o programmati al fine di provocare terrore nell'opinione pubblica, in un gruppo di persone o persone specifiche con finalità politiche».

Ammoniti gli Stati dall'astenersi dall'organizzare, istigare o supportare atti terroristici nel territorio di altri Stati e comunque in ogni evenienza, la dichiarazione invita gli stessi ad agire positivamente per prevenire e reprimere le condotte illegali e a collaborare alla revisione del quadro normativo esistente sia a livello internazionale sia nazionale, in modo da dotarsi di strumenti legali che «coprano tutti gli aspetti della materia» e facilitino la cooperazione internazionale, inclusa in questo la adesione alle convenzioni internazionali e relativi protocolli.

Infine, la dichiarazione invita il Sg e gli organismi Onu a operare in modo da implementare gli strumenti esistenti e favorire lo sviluppo di nuovi e più adeguati.

b. Due anni più tardi, con risoluzione 51/210 la stessa Ga, dopo avere riaffermato la dichiarazione del 1994 e avere preso atto dell'evoluzione intervenuta: approva una nuova dichiarazione che integra la precedente; ribadisce l'esigenza di sviluppare e coordinare gli strumenti legali esistenti e prende atto della «possibilità di considerare in futuro la elaborazione di una convenzione *comprehensive* in materia di terrorismo internazionale»; decide di «dare vita a un *Ad hoc committee*, aperto a tutti gli Stati membri delle UN oppure membri di Agenzie dedicate oppure della Agenzia internazionale per l'energia atomica, al fine di elaborare un convenzione internazionale per l'eliminazione degli attentati terroristici commessi con esplosivi e, in questo contesto, una convenzione internazionale per la repressione di atti di terrorismo nucleare, che integrino i dedicati strumenti internazionali esistenti, e quindi al fine di valutare i mezzi per ulteriormente sviluppare una completa cornice di Convenzioni dedicate al terrorismo internazionale».

La risoluzione prevedeva che il Comitato si riunisse dal 24 Febbraio al 7 Marzo del 1997 per preparare una bozza di convenzione e che i lavori continuassero poi nei giorni 22 Settembre-3 Ottobre 1997 nell'ambito delle attività della Sesta commissione della AG.

Possiamo adesso fare un salto di sedici anni, e più precisamente al 2012, allorché con la risoluzione 67/99 adottata il 14 Dicembre la Ga incarica il Comitato di procedere «speditamente» alla redazione della bozza di convenzione e alla discussione sulla realizzazione della connessa conferenza di alto livello.

Nel frattempo sono successe molte cose, sono cambiati i presidenti e i vicepresidenti e si sono succedute numerose risoluzioni annuali dedicate alle «Misure per eliminare il terrorismo», mentre con risoluzione 54/110 del 1999 la Ga ha incaricato il Comitato di preparare il terreno, in stretta connessione coi lavori sulla convenzione, per un una «conferenza di alto livello» sotto gli auspici delle UN.

Inutile dire che, tra le altre cose, il terrorismo internazionale ha nel frattempo assunto dimensioni crescenti e drammatiche.

Nel mese di Aprile del 2013 il *Comitato ad hoc* istituito con la risoluzione 51/210 si è riunito per la sua sedicesima sessione, che si apre con la quarantanovesima riunione. Il dibattito prende le mosse dai testi nel frattempo elaborati da un gruppo ristretto di delegati *Friends of the Chair* e prosegue anche con consultazioni informali al fine di verificare se sono possibili passi avanti concreti sui temi maggiormente complessi e ostici. Tale opportunità non matura nel corso della sessione, che viene chiusa con la

raccomandazione diretta alla Sesta commissione della Ga affinché «sia creato un gruppo di lavoro incaricato di portare a compimento il processo per la redazione di una Convenzione onnicomprensiva sul terrorismo internazionale» e di valutare la convocazione della Conferenza di alto livello.

Non dissimile l'andamento dei lavori della sessione svoltasi nel mese di Novembre 2015, conclusasi ancora con una discussione che non ha superato i punti di differenza sostanziale, nonostante alcuni componenti del Comitato osservassero come il testo di compromesso elaborato dal *Board* non abbia ricevuto nessun rifiuto esplicito e come il discusso art.3 sia capace di ricomprendere le diverse posizioni iniziali. In particolare, si è osservato che il testo attuale ha rinunciato alla onnicomprensività e si limita a colmare alcuni vuoti della normativa esistente: finalità che dovrebbe essere condivisa. Si è, tuttavia, rilevato da parte di altri componenti che le resistenze di fatto esistenti alla finalizzazione del testo rimangono immutate e sono tali da non consentire la conclusione del lavoro. In altri termini, mentre sul piano giuridico il testo si presenta completo e privo di reali ostacoli, il discorso si sposta sulla volontà politica di giungere a un accordo finale e sarebbe errato trascurare il grado attuale di pericolosità che il terrorismo ha assunto in tutte le regioni.

c. Senza voler entrare in un terreno assegnato ad altri, mi limito qui a poche considerazioni che possono far comprendere alcuni profili essenziali del problema ancora in atto.

Il testo di convenzione proposto dal *Board* individua all'art. 2 una definizione articolata di condotte illegali definibili come atti terroristici da parte di «una persona», che agisca da sola o in concorso con altre. In altri termini, il concetto di atti con finalità di terrorismo appare sufficiente consolidato e trova in sé poche obiezioni:

«Article 2

1. Any person commits an offence within the meaning of the present Convention if that person, by any means, unlawfully and intentionally, causes:

(a) Death or serious bodily injury to any person; or

(b) Serious damage to public or private property, including a place of public use, a State or government facility, a public transportation system, an infrastructure facility or to the environment; or

(c) Damage to property, places, facilities or systems referred to in paragraph 1 (b) of the present article resulting or likely to result in major economic loss, when the purpose of the conduct, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

2. Any person also commits an offence if that person makes a credible and serious threat to commit an offence as set forth in paragraph 1 of the present article.

3. Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of the present article.

4. Any person also commits an offence if that person:

(a) Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1, 2 or 3 of the present article; or

(b) Organizes or directs others to commit an offence as set forth in paragraph 1, 2 or 3 of the present article; or

(c) Contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraph 1, 2 or 3 of the present article by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of an offence as set forth in paragraph 1 of the present article; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit an offence as set forth in paragraph 1 of the present article.».

d. Particolarmente complesso si è rivelato, invece, il lavoro per definire il rapporto fra la presente bozza di convenzione e le altre convenzioni già esistenti, soprattutto con riferimento alla legge umanitaria, alle situazioni di conflitto armato e all'azione delle forze armate. Un tentativo di superare la situazione di stallo è stato effettuato dal *Board* con il seguente testo dell'articolo 3 (e relativo paragrafo preambolare) discusso nel 2013 e allo stato ancora sotto esame:

«Preamble

Noting that the activities of military forces of States are governed by rules of in-

ternational law outside the framework of the present Convention, and that the exclusion of certain actions from the coverage of the present Convention does not condone or make lawful otherwise unlawful acts, or preclude prosecution under other laws,

Article 3 [18]

1. Nothing in the present Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States, peoples and individuals under international law, in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and international humanitarian law.

2. The activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by the present Convention.

3. The activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are governed by other rules of international law, are not governed by the present Convention.

4. Nothing in the present article condones or makes lawful otherwise unlawful acts, nor precludes prosecution under other laws; acts which would amount to an offence as defined in article 2 of the present Convention remain punishable under such laws.

5. The present Convention is without prejudice to the rules of international law applicable in armed conflict, in particular those rules applicable to acts lawful under international humanitarian law.».

e. Come tale proposta non risulti soddisfacente a molti emerge dai testi alternativi che sul punto sono stati sottoposti al *Comitato ad hoc*. A mero titolo di esempio si possono riportare:

Proposta Nicaragua di aggiungere un par.4 (e) all'art.2, come segue:

(e) Being in a position to control or direct effectively the actions of armed groups not belonging to the armed forces of the State but responding to it, orders, permits, or participates directly or indirectly in the planning, preparation, initiation or exe-

cution of any of the offences set forth in paragraphs 1, 2 or 3 of the present article in a manner incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.

Proposta Argentina di aggiunta del seguente paragrafo preambolare:

Reaffirming the right to self-determination of peoples in accordance with the Charter of the United Nations, the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples¹ and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

Proposta di Cuba di aggiungere all'art.2, in tutte le diverse versioni proposte, un nuovo paragrafo 4 (d)

Being in a position to control or direct effectively the actions of troops belonging to the armed forces of the State, orders, permits or actively participates in the planning, preparation, initiation or execution of any of the offences set forth in paragraphs 1, 2 or 3 of the present article, in a manner incompatible with international law, including the Charter of the United Nations.

A loro volta, gli Stati membri della Conferenza islamica hanno proposto di sostituire l'art.3 con il seguente:

1. Nothing in this Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States, peoples and individuals under international law, in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations and international humanitarian law.

2. The activities of the parties during an armed conflict, including in situations of foreign occupation, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by this Convention.

3. The activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are in conformity with international law, are not governed by this Convention.

4. *Nothing in this article condones or makes lawful otherwise unlawful acts, nor precludes prosecution under other laws.*

f. Ho forse dedicato troppo tempo a un tema che altri possono sviluppare meglio di me. Mi premeva, tuttavia, illustrare le distanze che ancora esistono fra gli Stati e quanto queste incidano sulla possibilità di un accordo, così come mi premeva evidenziare l'evidente legame che lega la mancata definizione di un concetto internazionalmente riconosciuto di "terrorismo" e le difficoltà che si incontrano nei negoziati e nelle decisioni delle Nazioni Unite tutte le volte in cui un accordo su quel concetto, e la sua assenza, diventano elemento che impatta su singoli aspetti della lotta al terrorismo.

6. Il Consiglio di Sicurezza – gli organi ausiliari

Il Consiglio di sicurezza (Cds) è stato per lungo tempo un organismo abbastanza semplice nella struttura e nelle procedure, ma col passare del tempo e l'aumento dei momenti di crisi legati ai conflitti statuali e regionali e ad azioni terroristiche è stata avvertita la necessità di dare vita a organi ausiliari capaci di accrescere il livello di attuazione delle risoluzioni del Consiglio e di collaborare con questo su base non episodica.

Nonostante i legami che in alcuni casi le missioni sul terreno hanno con le attività di contrasto al terrorismo, dobbiamo lasciare per necessità in disparte le strutture cui il Consiglio ha dato vita per le operazioni di *peacekeeping*²³ e per le operazioni che vengono definite politiche o di *peace building*²⁴. Allo stesso modo, appare inevitabile non parlare in questa sede dei gruppi di lavoro, cui si aggiungono i comitati permanenti²⁵ e le commissioni permanenti²⁶.

23 Sahara dell'Ovest, Rep. Centro Africana, Mali, Haiti, DR. Congo, Darfur, Golan, Cipro, Libano, Abey, Kosovo, Liberia, Sud-Sudan, India e Pakistan, Costa d'Avorio, Medio-Oriente.

24 Guinea-Bissau, Somalia, Afghanistan, Iraq, Libano, Siria, Africa Centrale, Libia, Africa dell'Est, Asia Centrale, Medio-Oriente.

25 Il riferimento è ai tre Comitati che potremmo definire di lavoro: esperti delle regole procedurali; gestione dei *meeting* che si tengono fuori dagli uffici newyorkesi; ammissione dei nuovi membri.

26 La commissione dedicata al *peace building* con sede a NY e la *UN Compensation commission* con sede a Ginevra.

Sembra, infatti, opportuno concentrare l'attenzione sui Comitati che hanno per oggetto principale il contrasto al terrorismo, inclusi i così detti «comitati sanzioni».

a. Il Comitato anti-terrorismo (Ctc) e il suo Direttorato esecutivo (Cted)

Il Comitato anti-terrorismo (Ctc) ebbe vita con la risoluzione del Cds 1373 (2001) del 28 Settembre 2001 nel contesto della prima risposta all'attentato newyorkese dell'11 Settembre. Composto da tutti i quindici Stati che compongono il Consiglio, e con presidenza a rotazione, al Comitato venne affidato il compito di dare attuazione alle misure adottate dalla risoluzione 1373 e in particolare di sostenere l'impegno dei Paesi membri a rafforzare la capacità dei propri sistemi legali e delle proprie istituzioni di fronteggiare il terrorismo, in ciò comprendendo anche la cooperazione internazionale. In particolare agli Stati veniva chiesto di criminalizzare il finanziamento del terrorismo e sequestrare-confiscare le relative somme; astenersi da ogni forma di finanziamento ai gruppi terroristi e da ogni forma di agevolazione dei flussi illegali; condividere informazioni e offrire cooperazione alle indagini e alle misure penali, anche criminalizzando ogni forma di aiuto al terrorismo. È del 2005 la risoluzione 1624 che impegna gli Stati a combattere le forme di incitamento al terrorismo, qualificandole come condotte illegali e impegnandosi a perseguirle anche attraverso la cooperazione internazionale.

Al fine di rendere effettiva l'azione del Comitato, nella sostanza privo di strumenti operativi che consentissero di andare oltre la raccolta di dati e la realizzazione di occasioni di dibattito, con la risoluzione 1535 (2004) il Consiglio dette vita al *Counter-terrorism committee executive directorate* (Cted), organismo che divenne operativo solo a fine 2005. Si tratta di un organismo articolato²⁷, con compiti diversi che vanno dalla raccolta di dati e monitoraggio fino a visite periodiche di *assessment* presso gli Stati membri al fine di verificare il livello di attuazione delle risoluzioni del Cds, di individuare eventuali profili di criticità e di proporre al Comitato l'adozione di specifiche raccomandazioni. L'attenzione del Cted è necessariamente rivolta a una vasta area di

²⁷ Il Cted si compone di due sezioni, un *Administrative and information office* (Aio) e un più complesso *Assessment and technical assistance office* (Atao), a sua volta suddiviso con riferimento a tre macro-aree geografiche e a cinque diversi gruppi di lavoro specializzati per materia. Il Cted ha nel complesso una dotazione di 40 unità, composte sia da esperti legali sia da esperti nei settori del *law enforcement* e degli aspetti più propriamente finanziari del contrasto al terrorismo.

materie²⁸ e ha assunto anche compiti di sostegno a progetti condotti con altre entità delle Nazioni Unite e con Stati membri.

b. I Comitati sanzione

Con risoluzione 751 (1992) fu istituito il primo Comitato sanzioni avente ad oggetto il conflitto esistente in Somalia. A quella esperienza ha fatto seguito la creazione di altri Comitati destinati a rafforzare le risoluzioni del Consiglio mediante la previsione di sanzioni destinate a colpire le violazioni delle raccomandazioni adottate²⁹. Molti di questi Comitati non vanno considerati come esperienze a sé stanti, essendo evidente il loro legame con le missioni internazionali di *peacekeeping* o *peace building* intraprese per cercare di porre fine a un conflitto e/o sostenere i processi di pacificazione e ricostruzione post-conflitto.

Parzialmente diverso il discorso che possiamo fare per il sistema di sanzioni e i relativi Comitati che hanno come obiettivo i gruppi terroristici e le loro azioni. I Comitati sono incaricati di raccogliere informazioni, effettuare analisi, gestire l'iscrizione (*listing*) di persone ed entità nelle rispettive liste oppure la loro cancellazione dalle liste (*delisting*), gestire le richieste di esenzione (*exemption*) con riguardo ai casi in cui questo è consentito.

28 La complessità dei fenomeni a cui il terrorismo si collega richiedono, infatti, la capacità di individuare le correlazioni fra aspetti diversi, che vanno dal traffico di armi o di persone alle operazioni finanziarie illecite e al riciclaggio, dai crimini marittimi ai controlli frontalieri, per finire alle tecniche di normazione adottate dagli Stati, cui sempre più pressantemente si chiede da parte del Cds di adottare misure normative e strumenti di attuazione idonei a fronteggiare la gravità del pericolo.

29 Sono stati così istituiti i Comitati sanzioni relativi a Eritrea (ris. 1907 del 2009, collegata alla risoluzione 751), Iraq (1518 del 2003), Liberia (1521 del 2003), D.R. Congo (1533 del 2004), Costa d'Avorio (1572 del 2004), Sudan (1591 del 2005), Libano (1636 del 2005), D.P.R. Korea (1718 del 2006), Iran, non proliferazione (1737 del 2006), Libia (1970 del 2011), Guinea-Bissau (2048 del 2012), Rep. Centra Africana (2127 del 2013), Yemen (2140 del 2014) e Sud-Sudan (2206 del 2015).

b.1. Il Comitato Talebani, il Comitato Isil-Al Qaida³⁰ (e l'Ombudsperson)

Sulla scia delle prime esperienze ebbe vita nel 1999 un Comitato sanzioni destinato a colpire gli autori di attività violente o terroristiche aventi carattere strutturale e uno specifico radicamento. Si tratta del Comitato istituito con la risoluzione 1267 (1999) a sostegno delle sanzioni che la stessa risoluzione introduceva al fine di spingere i talebani a cessare di fornire protezione e addestramento a persone e gruppi terroristici, incluso Usama bin Laden. Quello che ancora oggi, nonostante le evoluzioni di cui si dirà, viene chiamato «1267 Committee», era incaricato di applicare le due forme di sanzione allora previste: limitazione agli spostamenti aerei ed embargo finanziario.

Con risoluzioni 1333 (2000) e 1390 (2002) il sistema sanzionatorio fu esteso al terzo tipo di divieti (embargo sulle armi) e al gruppo terroristico noto come Al-Qaida. Tale assetto è rimasto immutato fino al 2011, allorché con le risoluzioni 1988 e 1989 il sistema sanzionatorio venne suddiviso e i gruppi Talebani e Al-Qaida furono destinatari di due liste sanzioni e di due organismi sanzionatori separati.

Intendo qui soffermarmi sul Comitato che riveste oggi una importanza particolare nel panorama internazionale³¹: il Comitato dedicato a gestire la lista sanzioni per Isil-Al Qaida, identificato con riferimento alle risoluzioni 1267 (1999) e 1989 (2011), cui hanno fatto seguito ulteriori sviluppi con le risoluzioni 2083 (2012) e 2161 (2014). Ma non possiamo dimenticare altre risoluzioni che integrano il quadro normativo: le risoluzioni 2170 e 2178 (2014), quest'ultima dedicata ai *foreign terrorist fighters* (Ftf)

30 Il cambio di denominazione da lista Al Qaida a Isil-Al Qaida è stato introdotto con la risoluzione 2253 del dicembre 2015 e, per quanto si è compreso, è stato oggetto di una difficile trattativa tra chi avrebbe preferito prevedere due liste separate, chi avrebbe voluto evitare di includere il termine Isil (termine che ha come iniziale la parola «Islamico» e può essere percepito come orientato sul piano religioso) prima di Al Qaida, chi avrebbe preferito utilizzare il termine Daesh, meno suggestivo sul piano dell'immagine.

31 La mera lettura delle statistiche ufficiali ci consente di rilevare il divario fra l'attività del Comitato 1267 e gli altri. A fine 2015 il primo includeva in lista 243 individui e 74 entità, con complessive 40 nuove iscrizioni e 24 cancellazioni nel corso dell'anno, cui si aggiungono 32 emendamenti, nel corso dell'anno; la lista del Comitato 751 e 1907 (Somalia) ha iscritti soli 13 individui e 1 entità, e nessun movimento, mentre la lista 2127 (RCA) ha 7 individui e 1 entità, dei quali rispettivamente 5 e 1 sono stati iscritti nel corso dell'anno.

e le risoluzioni 2199 (2014)³² e 2253 (2015) che rafforzano e sistematizzano il sistema sanzionatorio³³.

Le attività del Comitato 1267 sono supportate da un organo tecnico, il *Team di monitoraggio*, composto da otto esperti internazionali (due nuovi esperti sono in fase di reclutamento dopo che il numero è stato elevato a dieci dalla risoluzione 2253). Il *Team* ha, da un lato, compiti di raccordo con gli Stati interessati dai fenomeni terroristici, nonché di raccolta e analisi dei dati in vista della redazione dei rapporti periodici e dei rapporti specificamente richiesti. Per altro verso, il *Team* cura l'analisi preliminare delle richieste che concernono la iscrizione/cancellazione di persone ed entità dalla lista sanzioni e cura la revisione periodica della lista, prevista con carattere triennale³⁴.

Le sanzioni riguardano tre diversi tipi di destinatari: i gruppi terroristici in sé, singoli individui, singole entità (gruppi di persone o società-aziende) legate a quei gruppi terroristici. Solo dopo che un gruppo terroristico è stato incluso in lista, può divenire riferimento per l'iscrizione di una persona o di una entità ad esso collegata³⁵.

32 La risoluzione, nata da una bozza di testo russa concentrata sul traffico di petrolio e quindi ampliata nel dibattito in Cds, ha aggiornato in modo particolare la disciplina sulle fonti di finanziamento al terrorismo, individuandone quattro categorie principali: il commercio illegale di petrolio, il traffico di opere d'arte, i rapimenti a fine di riscatto e le donazioni/finanziamenti volontari; cui deve aggiungersi la "tassazione" delle attività legali svolte nel territorio controllato dal gruppo terrorista. A questo aggiornamento si accompagna una forte richiesta agli Stati di prevenire le forme di finanziamento e di attivarsi per impedirle, anche mediante il ricorso al sistema di sanzioni, nonché di comunicare in tempi rapidi al Cds stesso le soluzioni adottate.

33 La risoluzione 2253, nata da una iniziativa congiunta di Russia e Stati Uniti, contiene una summa delle misure sanzionatorie e delle relative procedure e in qualche modo si sostituisce alle precedenti risoluzioni. Il testo, come si dirà, affronta anche il nodo del ruolo dell'*Ombudsperson*.

34 Nel dicembre 2015 si sono concluse le procedure della revisione 2014, concentrata sulle iscrizioni non riesaminate nel corso dei tre anni precedenti. Alcune di queste iscrizioni sono risalenti agli anni 2003-2007.

35 Il gruppo denominato *Jama'atu Ahlus-Sunna Lidda'Awati Wal Jihad*, meglio noto come Boko Haram, fu incluso in lista soltanto il 22 Maggio 2014 in applicazione dei paragrafi 2 e 3 della risoluzione 2083 (2012) e lo fu in quanto considerato associato ad Al-Qaida perché «*participating in the financing, planning, facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of Al-Qaida*» (già listato sotto il codice QE.A.4.01) e della Orga-

Il discorso sull'applicazione delle sanzioni è solo in apparenza semplice, rivelandosi complesso sotto molteplici punti di vista, che provo qui a sintetizzare:

- a. i criteri seguiti e le decisioni di individuare uno specifico gruppo come “terrorista” e meritevole di iscrizione nella lista, con la conseguenza di divenire esso stesso riferimento per l'applicazione di sanzioni alle persone e alle entità che lo compongono e supportano. Sono state tutt'altro che facili e consensuali le scelte compiute dal Cds nel considerare Al-Qaida come una realtà separata dai gruppi Talebani, di riconoscere autonomia ad Al-Nusra Front, di estendere il sistema sanzionatorio a Isil. Questo profilo chiama in causa la mancanza di una definizione internazionalmente accettata di terrorismo e le diverse opzioni esistenti riguardo a gruppi quali, tanto per fare pochi esempi, gli oppositori armati in Siria, i gruppi armati libanesi legati a Hezbollah oppure le frange armate della resistenza palestinese;
- b. la individuazione dei presupposti per l'applicazione della sanzione alla persona o alla entità. Qui si è assistito a un progressivo affinamento nella individuazione delle condotte che qualificano la persona o l'entità come parte del circuito terrorista. Un chiaro salto di qualità in questo senso è avvenuto con la risoluzione 2178 (2014) dedicata ai Ftf, che ha messo in evidenza l'importanza e la delicatezza di condotte complesse da definire sul piano fattuale e/o da qualificare sul piano giuridico, quali il proselitismo, l'addestramento (attivo e passivo), i viaggi all'estero con finalità di terrorismo, il finanziamento della rete terroristica e dei suoi singoli;
- c. il livello e la natura delle prove della commissione delle attività che giustificano la sanzione. Anche sotto questo profilo si è assistito a un progressivo affinamento, che è andato di pari passo con un approfondimento delle procedure da seguire;
- d. le procedure appunto. Non è qui possibile entrare in qualche dettaglio ed è sufficiente dire che il tema della *fairness* delle procedure è entrato in modo crescente nel dibattito attorno e nel Cds. Soprattutto grazie alle posizioni dei Paesi più consapevoli in tema di *Rule of Law* e agli interventi degli organi giurisdizionali, a partire dalle note sentenze dei giudici europei, è maturata

nization of Al-Qaida in the Islamic Maghreb (AQIM) (già listato sotto il codice QE.T.14.01).

negli organismi Onu la consapevolezza che le sanzioni comportano compressioni rilevanti delle libertà e dei diritti dei destinatari e richiedono un livello adeguato di prova e una procedura che preveda garanzie, per quanto non assimilabili a quelle processuali. Sul punto è sufficiente rilevare come ancora la risoluzione 2253 senta la necessità di ribadire in più paragrafi che le sanzioni non hanno natura processuale e costituiscono misure di carattere preventivo/amministrativo (le similitudini con il nostro sistema di misure di prevenzione sono significative). Restano, peraltro problematici alcuni profili di metodo, soprattutto quelli legati alla possibilità per lo Stato richiedente di mantenere segreta tale qualifica e di ottenere la segretezza di una parte delle informazioni che giustificano la richiesta di sanzioni: la persona sanzionata può così restare all'oscuro della provenienza della richiesta e non conoscere parte rilevante degli elementi, e relative fonti, che quella richiesta supportano. Esiste, tuttavia, la possibilità di una verifica successiva: con l'accordo dello Stato richiedente, l'*Ombudsperson* può esaminare anche le fonti e i documenti riservati, mantenendone la confidenzialità verso la persona listata, e quindi includere tali elementi all'interno delle proprie determinazioni sulla fondatezza della istanza di cancellazione dalla lista;

- e. la figura dell'*Ombudsperson*. Significativo di quanto appena detto è il percorso che ha portato alla creazione della figura di garanzia e alla sua attuale disciplina. L'esigenza di un meccanismo di controllo delle decisioni del Cds che fosse interno al circuito sanzionatorio, e innalzasse il livello delle garanzie senza comprometterne la logica e l'efficacia, condusse nel 2010 a istituire la figura dell'*Ombudsperson*, alla quale le persone iscritte in lista potessero rivolgere le proprie doglianze e le proprie richieste di cancellazione dalla lista. La figura di garanzia, istituita presso il Segretariato e da questa supportata, prevedeva un incarico quinquennale senza particolari assicurazioni quanto a collocazione istituzionale e autonomia, struttura di supporto e poteri di accertamento. Nonostante questi limiti la persona che ha assunto la posizione nel 2010 e operato fino a luglio 2015 ha svolto un lavoro significativo sia sul piano delle attività concrete³⁶ sia

36 Le statistiche depongono per un crescente impatto dell'azione dell'*Ombudsperson*, ma da sole non bastano a far comprendere l'incidenza dell'azione di tale ufficio sul lavoro dei Comitati sanzione e, più in generale, sull'approccio che il Cds ha maturato rispetto al tema e alle prassi sanzionatorie. In ogni caso i dati ci dicono che l'ufficio ha ricevuto in tutto 70 richieste di cancellazione dalla lista Isil-Al Qaida, alcu-

su quello culturale e istituzionale, conquistando spazi di manovra e un dialogo tanto costruttivo quanto difficile con il CdS. Il momento della scadenza del mandato non ha, purtroppo costituito l'occasione che ci si attendeva per rafforzare la posizione istituzionale di questa figura e i disaccordi interni al Consiglio hanno portato a una soluzione di compromesso, con la nomina di una nuova titolare e incarico solo biennale³⁷. Un rafforzamento delle procedure e una estensione biennale del mandato sono contenute nella risoluzione 2253 (2015), e questo sembra introdurre un fattore di dialogo positivo nel circuito delle sanzioni e una apertura verso il futuro consolidamento istituzionale della figura;

- f. i criteri di verifica delle condizioni per la permanenza delle persone ed entità nella lista sanzioni. Si tratta di questione delicata che occupa da molto tempo il confronto dedicato al sistema sanzionatorio. La previsione di una verifica periodica è divenuta con gli anni maggiormente significativa per una duplice ragione: l'effettività del controllo sull'attualità della misura accresce il livello di *fairness* della procedura e riduce i rischi che un'autorità esterna di controllo possa annullare o vanificare le misure in quanto non garantite; l'efficacia del sistema di sanzioni sembra essere tanto maggiore quanto più si concentra su obiettivi veri e non si disperde inseguendo persone che non avevano o non hanno più ragione di esservi incluse. Ciò premesso, molti Paesi, tra cui l'Italia sono stati a lungo restii a chiedere o appoggiare la cancellazione di persone o entità per le quali non sono disponibili notizie aggiornate. Si scontrano, a questo proposito, due visioni: l'una che considera il criterio dell'attualità come elemento positivo e connaturato alle misure e conclude per la cancellazione dalla lista di coloro per i quali non esistano più indicazioni di permanenza del legame con il gruppo terrorista; l'altra che considera l'attualità come elemento negativo, che può venire meno solo in presenza di notizie che provino il venire meno di quel legame. Va detto che una evoluzione in senso garantista sembra avere luogo e che i Paesi, quanto meno in caso di richiesta diretta o di proposta indiretta di cancellazione, non avanzino più la mancanza di notizie aggiornate come elemento impeditivo

ne plurime, e ne ha esaminate compiutamente 65. In 12 casi la richiesta di cancellazione è stata respinta, mentre è stata accolta per 45 individui e 28 entità.

³⁷ Così come in occasione della nomina del 2010, anche in nel 2015 la scelta è caduta su una donna. Un po' sorprendentemente, viste le premesse, è stata selezionata una persona proveniente dal mondo giudiziario francese e di solida cultura di *Rule of Law*.

alla modifica. Si comprende bene come sia frequente che le autorità perdano ogni traccia di persone incluse in lista molti anni prima, specialmente se si tratta di cittadini stranieri, e come questo abbia comportato la posizione in favore del mantenimento in lista evitando di assumere una responsabilità diretta nella eventuale cancellazione da parte del CdS.

7. Il (complesso) tema dei *foreign terrorist fighters*

La complessità sul piano politico come su quello giuridico dei temi fin qui ricordati ha trovato una sua specifica manifestazione con il comparire e il radicarsi di un fenomeno che caratterizza le nuove forme di terrorismo, in particolare in Siria ed Iraq.

Soprattutto a partire dai fatti di Parigi del gennaio 2015 l'attenzione dedicata ai *foreign terrorist fighters* (Ftf) è cresciuta esponenzialmente, giustificando in qualche modo la critica di coloro che accusano le politiche anti-terrorismo di avere due pesi e due misure e di operare secondo un approccio marcatamente filo-occidentale.

La figura giuridica dei Ftf è oggettivamente frutto delle deliberazioni del Cds, che hanno dato vita a questa categoria seguendo un percorso esperienziale che rifugge da ogni sistematica giuridica.

Il diritto internazionale conosce due figure di combattenti. La prima è quella dei mercenari ed è stata codificata dal diritto umanitario sulla base di alcuni elementi che sono, in estrema sintesi: l'estraneità alle forze armate coinvolte nel conflitto; la non appartenenza alle parti in conflitto; l'assenza di incarico specifico da parte di Stati terzi; la scelta di partecipare al conflitto per finalità di guadagno³⁸. Va detto che la tradizionale figura del mercenario ha subito una evoluzione che nei tempi recenti include anche l'ipotesi di ingaggio per prendere parte ad azioni e progetti fondati su odio e intolleranza, così chiamando in causa anche il concetto di estremismo violento. Ma non mancano mercenari ingaggiati per supportare traffici illeciti organizzati, quali bracconaggio, commercio di armi o di droga, traffico di persone.

³⁸ Convenzione Onu sui mercenari del 1989 e art.47 del primo protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra.

La seconda figura è quella dei combattenti stranieri, o *foreign fighters*, che manca di una precisa base normativa e che la dottrina ha individuato nei non cittadini degli Stati in conflitto o e nei non appartenenti alle parti in conflitto³⁹ che, durante un conflitto o una insurrezione, partecipano del conflitto stesso⁴⁰ senza finalità di guadagno e senza appartenere a un esercito ufficiale. Le motivazioni del loro agire possono essere diverse, dalla identificazione religiosa⁴¹ alla identificazione con le ragioni ideologiche o etniche di una parte in conflitto. In questo senso una specifica attenzione viene prestata ai combattenti che supportano la parte che mira a rovesciare un regime in carica o un regime di occupazione; non manca però chi fa notare che la stessa logica sostiene i combattenti che intervengono per supportare quel regime. Si tratta di una figura nota da molto tempo⁴², ma molto diversificata nelle sue manifestazioni, non chiara nel suo porsi fra le categorie del ribelle e del terrorista, e per questo mancante di una definizione sufficientemente condivisa a livello internazionale.

Come si vede, le figure del mercenario e del combattente straniero non mancano di punti in comune, soprattutto quando si consideri la loro partecipazione in conflitti asimmetrici, in cui almeno una delle parti non è un attore statale. Poiché in caso di conflitti anche asimmetrici le condotte di guerra o guerriglia non sono necessariamente qualificate come atti terroristici, va esclusa ogni automatica associazione fra i combattenti stranieri e la qualifica di “terroristi”.

La risoluzione 2178 (2014) del Cds nel settembre 2014 ha affrontato in modo esplicito la figura del Ftf, definito come colui che «si reca in uno Stato diverso da quello di residenza o nazionalità al fine di commettere, pianificare o preparare azioni terroristiche o di prendervi parte o al fine di fornire o ricevere addestramento ad azioni terroristiche, compresi in casi in cui questo si colleghi a conflitti armati».

39 Questo requisito esclude, ad esempio, i ribelli in esilio o coloro che appartengono alla diaspora e fanno rientro per combattere nei territori di origine.

40 Questo requisito, dell'agire nel contesto e secondo le logiche del conflitto, esclude coloro che si pongono fuori da tali logiche e metodologie e operano con finalità e metodi “terroristici”.

41 Non può ignorarsi che fin dall'inizio la figura del *foreign fighter* è stata spesso associata all'Islam.

42 È sufficiente richiamare la Rivoluzione del Texas del 1835, la Guerra Civile spagnola del 1936, la Guerra Arabo-Israeliana del 1948, la Rivoluzione cubana degli anni '50 e, più recentemente, il conflitto seguito all'invasione russa dell'Afghanistan nel 1989, la guerra di Bosnia. Fino a giungere ai conflitti iracheno (2003) e Siriano (2011).

Come si vede, la risoluzione fa discendere la qualifica del combattente dalla natura terroristica delle azioni e delle attività che egli/ella pone in essere o intende porre in essere⁴³.

Non c'è dubbio che questa scelta ha come riferimento coloro che si trasferiscono verso una specifica area di conflitto e si uniscono all'azione di gruppi già definiti "terroristi". Non è un caso che tutte le analisi che dopo la risoluzione 2178 hanno preso in esame i Ftf avessero come riferimento le aree della Siria e dell'Iraq (e quindi della Libia) interessate dall'azione di ISIL e dei gruppi collegati.

Ma proprio la Siria costituisce un chiaro esempio di come la incerta definizione consenta letture molto diverse. Se tutti gli attori internazionali oggi non escludono che Isil e Al-Nusra Front costituiscano gruppi terroristici, e che i *foreign fighters* che li supportano ricadano nella medesima definizione, del tutto divergenti sono i giudizi sugli altri gruppi che combattono il regime siriano: terroristi per Damasco e Mosca, ribelli o insurgenti per le capitali occidentali. Così come inconciliabili sono le valutazioni che Turchia e altri Paesi esprimono sulla natura delle milizie curde che operano in Siria o su quella delle milizie riconducibili a Hezbollah.

Questa realtà pone un problema non secondario, reso ancora più evidente dalla scelta di alcuni Stati di formare "coalizioni" spontanee che si coordinano per combattere la minaccia posta dai gruppi terroristici. Le missioni aeree e i bombardamenti in territorio straniero che sono oramai all'ordine del giorno impone di chiederci quali confini esistano fra la creazione di una disciplina internazionale che regoli la risposta ai terrorismi e l'applicazione del più tradizionale diritto umanitario. Appare, infatti, evidente che la inclusione di un gruppo organizzato nella lista delle realtà terroriste non possieda un reale rilievo allorché si abbandona il terreno delle sanzioni e si passa al terreno delle azioni militari e dell'uso della forza. Questo secondo profilo continua, in fondo, a rispondere alla logica della reazione armata a una minaccia armata e nella realtà prescinde dalla circostanza che la minaccia sia o meno portata da un gruppo definito come terrorista.

43 In realtà la prima menzione della figura del Ftf si rinviene nella risoluzione di Ga n. 68/276 del 13 giugno 2014 (dedicata alla revisione biennale della «Strategia globale contro il terrorismo»), che al paragrafo operativo 31 esprime preoccupazione per il crescente reclutamento di combattenti per i gruppi terroristici, «inclusi i *foreign terrorist fighters*» e per il pericolo che questa comporta per i Paesi di origine, di transito e di destinazione.

Sono, questi, aspetti che verranno trattati da altro intervento e mi sono limitato qui a evidenziare la complessità politica e giuridica degli aspetti che stiamo affrontando, a partire dall'evoluzione che sta conoscendo il concetto di legalità dell'intervento armato sul territorio altrui.

8. Infine

Abbiamo evidenziato sotto più di un profilo come la mancata definizione del concetto di "terrorismo" sia frutto di una enorme difficoltà politica a raggiungere un punto di accordo che, una volta racchiuso in una apposita Convenzione, diverrebbe un riferimento vincolante e restringerebbe gli spazi di manovra che oggi vengono, invece, ampiamente sfruttati dai diversi attori internazionali.

Resta il fatto che la difficoltà di giungere a una condivisa definizione giuridica di "terrorismo" risente dei medesimi contrasti politici e delle medesime logiche che si manifestano nelle reazioni armate alle minacce portate dai gruppi che agiscono in modo violento, pur essendo diverse e solo parzialmente coincidenti le sfere di applicazione del contrasto alle azioni terroristiche e della risposta ad una aggressione armata.

La dimensione internazionale, o come si dice "globale", persistente e pervasiva delle condotte terroristiche ha reso inadeguati gli approcci e le categorie tradizionali e ha aperto un vuoto politico e culturale che si manifesta in modo evidente proprio nella divaricazione fra le soluzioni adottate dal Cds e quelle applicate sul campo; in questo, il ricorso alla definizione di "terrorista" finisce per giustificare o rendere meno criticate soluzioni "preventive", quali la tortura o i bombardamenti con i loro "danni collaterali", che dovrebbero invece essere visti come un eccesso rispetto agli *standard* che consideravamo "internazionalmente riconosciuti" e che costituiscono il parametro per azioni di responsabilità.

L'evoluzione del diritto internazionale e le sue contraddizioni ci impongono di concentrare l'attenzione sulle responsabilità degli Stati.

Le risposte all'esigenza di coordinamento dell'azione degli organismi internazionali contro la nuova minaccia terroristica devono andare di pari passo con il crescere dei livelli di risposta nazionale e della volontà di cooperazione che i singoli Paesi sanno esprimere. Il che, come abbiamo visto, non è affatto scontato e spinge non pochi Paesi a scaricare sulle pretese (e, come si è detto non inesistenti) "inefficienze" delle Nazioni Unite limiti e responsabilità che dovrebbero essere cercati innanzitutto al proprio interno.

Politiche di sicurezza e stato di diritto. Quali regole per la cooperazione giudiziaria internazionale?

di **António Cluny**

1. Quando oggi in Occidente parliamo di terrorismo, immediatamente pensiamo a Daesh o ai combattenti di Al Qaeda.

In effetti, nella nostra mente il fenomeno del terrorismo è pressoché limitato alle azioni terroristiche dei musulmani.

L'opinione pubblica in Occidente ha dimenticato tutte le diverse organizzazioni terroristiche che, nel corso di molti anni, hanno avversato le nostre società pacifiche e democratiche, e persino qualche dittatura presente in Europa fino a metà degli anni '70.

Nelle dittature i «terroristi» erano persino visti da alcuni come combattenti per la libertà.

Lo stesso accadeva con i Palestinesi. Nonostante l'ovvio contributo fornito dalla religione al *background* multifattoriale di questo conflitto, i militanti palestinesi non sono mai stati percepiti come “terroristi” islamici.

Per questo motivo, non vi è mai stato consenso sull'uso di questo termine.

In questi casi vi erano altre ragioni che giustificavano e promuovevano le azioni terroristiche persino nei Paesi democratici.

In Irlanda del Nord, i terroristi di entrambe le parti giustificavano le loro azioni con punti di vista diversi relativi alla religione cristiana.

* Traduzione dall'inglese a cura di Valentina Martini, il testo in lingua inglese dell'intervento in www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/cluny-originale.pdf.

In Spagna, la giustificazione posta alla base delle azioni terroristiche era la lotta per l'indipendenza nazionale del Paese Basco.

In Italia, o in Portogallo dopo la rivoluzione democratica del 1974, le azioni terroristiche assumevano di voler rivendicare maggiore democrazia e migliori condizioni politiche per promuovere la rivoluzione sociale.

In queste situazioni, le autorità cercarono di fermare e di combattere le azioni terroristiche utilizzando la legge e i tribunali ordinari anche se, talvolta, fu necessario adottare una qualche legislazione speciale e straordinaria, finalizzata specificamente all'azione di contrasto.

Le autorità e la popolazione, tuttavia, continuarono a ritenere possibile utilizzare l'ordinamento normativo ordinario per inquadrare, fermare e punire il terrorismo e i terroristi: in alcuni di quei Paesi, a quell'epoca, furono ridotte temporaneamente solo alcune garanzie procedurali nel contesto dello stato di emergenza dichiarato dai Parlamenti nazionali.

Generalmente, quei terroristi agivano solo nei loro Paesi oppure nel territorio di Paesi contro i quali erano in lotta per motivi di politica nazionale.

Molti di loro, inoltre, mettevano a rischio la propria vita sebbene cercassero sempre di sfuggire alla cattura e di restare in vita: non erano martiri né kamikaze.

E, cosa ancora più importante, essi condividevano la medesima cultura dei giudici e dei poliziotti del loro stesso Paese.

Pur potendo giustificare le loro azioni come conseguenza di necessari cambiamenti sociali radicali, le idee che essi professavano per giustificare tali azioni rivoluzionarie erano basate sui medesimi valori e principi culturali che governavano le loro società.

In ogni caso, molti di loro, dopo essere stati arrestati, sottoposti a giudizio ed aver scontato pene detentive, non si sono mai pentiti; altri, al contrario, hanno cambiato idea e sono persino riusciti a contribuire a dissuadere altri dall'entrare nelle loro stesse organizzazioni o in altre.

Con l'Isis, tuttavia, il terrorismo è cambiato radicalmente: le motivazioni dei terroristi sono prevalentemente di tipo religioso e, utilizzando la loro stessa vita come arma, essi sono visti come coloro che compiono un'azione eletta.

Questo mutamento, tuttavia, non è del tutto recente. Dopo la rivoluzione degli anni '70 in Iran, era già possibile notare che le ragioni del terrorismo nei Paesi islamici stavano cambiando.

Da quel momento, lo spirito delle azioni dei terroristi non è stato soltanto sostenuto da ragioni nazionalistiche ma ha trovato anche una giustificazione religiosa: la lotta terroristica ha cominciato ad avere come obiettivo i crociati cristiani e i loro alleati ebrei.

L'obiettivo dei terroristi islamici non riguarda più solo la difesa dei confini dei Paesi e dei territori arabi ereditati negli anni '90 ma è stato collegato all'espansione della legge islamica e alla riconquista dell'antico Impero del Califfato: il periodo idealizzato della dominazione e dell'influenza islamica.

La morte durante le azioni terroristiche, di conseguenza, non ha importanza per i terroristi e in molti casi essi cercano persino il martirio: la propria morte è parte dell'azione terroristica e del suo significato politico e religioso.

Tutti sappiamo che questa componente del terrorismo non è un fatto del tutto nuovo. In effetti, anche alla fine del diciannovesimo secolo alcuni nichilisti russi fecero la stessa cosa.

Ciò nonostante, alcuni aspetti di queste nuove caratteristiche del terrorismo continuano ad apparirci peculiari.

In genere, questi "nuovi" terroristi sono nati in Occidente e si sono radicalizzati nei Paesi europei, anche se le loro famiglie di origine provengono dal Medio Oriente o dal Nord Africa.

Di solito hanno la cittadinanza europea e, per la maggior parte, hanno conosciuto il Medio Oriente e il Nord Africa solo dopo essersi radicalizzati. In effetti, un grande numero di essi non ha mai vissuto prima in quei Paesi e neppure vi è mai stato.

Hanno ricevuto una formazione europea, che non è stata però in grado di integrarli nelle società europee.

Prima di essere conquistati dagli ideali radicali, la maggior parte di essi aveva già sviluppato comportamenti marginali.

Altri erano delinquenti comuni, che appartenevano a reti e gang criminali.

Soltanto in carcere, quando e laddove hanno scontato pene detentive in conseguenza di reati comuni, essi hanno effettivamente cominciato a radicalizzarsi.

Esistono molte ragioni alla base di tali problemi di integrazione e alcune di queste sono insite nell'attuale realtà europea, sebbene le persone radicalizzate non abbiano mai fatto veramente esperienza di un altro sistema politico e di un'altra società.

In realtà, esse hanno perso – forse non hanno mai neppure acquisito – i valori sociali dei loro antenati e non ne hanno abbracciati altri: quelli delle società europee.

Pertanto – per quanto riguarda i valori sociali – essi sono in un «limbo».

Stanno cercando di inventare una società basata su antichi valori e concetti di onore, di vita e di morte, ma in realtà sono persone dei nostri tempi, con conoscenze e consapevolezza moderne.

Influenzate e plasmate dai loro mentori religiosi, non riescono a essere influenzate dai valori del diritto europeo e hanno ricevuto solo una visione distorta della religione e della cultura dell'Islam: il punto di vista che è stato dato loro dai predicatori radicali salafiti/wahhabiti.

Questi predicatori contribuiscono a giustificare il precedente comportamento criminale – la loro vita – dal momento che quei crimini sono stati compiuti contro gli infedeli e, aspetto ancora più importante, giustificano persino la pratica di altri nuovi crimini per finanziare e per sostenere le organizzazioni terroristiche.

Il diritto penale – perlomeno così come noi possiamo intenderlo oggi – presuppone un certo grado di riconoscimento reciproco di valori e di cultura tra le autorità e chi commette reati.

Senza tale riconoscimento reciproco, il diritto penale perde il suo vero significato e la sua importanza sociale.

Pertanto la questione che si pone è: come può il sistema giudiziario occidentale trattare i terroristi che non condividono e non riconoscono i medesimi valori?

Alcuni anni fa, Günter Jakobs, professore di diritto penale tedesco, elaborò il concetto di diritto penale del nemico.

Secondo tale teoria, questi «nuovi» terroristi non sono in grado di orientare il proprio comportamento sociale in base ai valori tutelati dal diritto costituzionale e penale democratico: i diritti umani e la dignità dell'essere umano.

Di conseguenza, deve ritenersi che il comune diritto penale non è stato in grado di conseguire il proprio obiettivo: orientare e rieducare il reo secondo i valori del diritto.

Nel momento in cui si è volontariamente allontanato dai valori del diritto, che non è più in grado di riconoscere, chi ha commesso un reato è diventato per propria volontà una sorta di uomo «messo al bando».

Questo è il motivo per cui non è in grado di trarre beneficio da tutti quei valori e dalle relative norme procedurali che regolano la fase delle indagini e del giudizio: in questo caso la pena detentiva ha pertanto il solo obiettivo di neutralizzare il pericolo sociale rappresentato dall'esistenza del terrorista e dalle sue azioni potenziali.

La pena detentiva non è più disciplinata da principi di proporzionalità riguardanti l'effettivo comportamento criminale o la sua colpa personale, ma soltanto dal fatto criminale e dal rischio che esso costituisce per la società.

Jakobs, di conseguenza, prefigurò l'esistenza di due diritti penali: il diritto penale comune e tradizionale da usare per i reati comuni, e il diritto del nemico per i nuovi terroristi.

Quando la teoria fu resa nota, molti giuristi furono scioccati. Oggi, tuttavia, dobbiamo riconoscere che, fatto peggiore di quell'affermazione dottrinale, attualmente abbiamo in molti Paesi un sistema composto da questi due diritti penali.

E questo era esattamente ciò che Jakobs voleva evitare.

In effetti, in questo momento, molti concetti del «diritto del nemico» hanno già contaminato il diritto penale tradizionale, indebolendone e scardinandone i valori e i principi, e producendo persino una nuova giurisprudenza concernente il significato e la gamma delle garanzie personali nel diritto processuale.

Il livello di tale contaminazione è diverso da Paese a Paese.

In taluni casi, ciò ha effetti sulla definizione degli atti considerati dalla legge come reati terroristici e, come vedremo in seguito, non si tratta di una questione di poco conto.

In altri casi, la contaminazione ha ulteriormente inciso sulle garanzie stabilite nei codici di procedura. I suoi effetti culturali hanno immediatamente prodotto un cambiamento nelle norme riguardanti le indagini su altre attività criminali.

Sostanzialmente, l'entità dei cambiamenti introdotti nei diversi diritti penali dei vari Paesi contribuisce ad aumentare le difficoltà in materia di cooperazione giudiziaria.

2. Oggi abbiamo dunque una legislazione anti-terrorismo che non è completamente orientata verso i valori rappresentati dai principi tradizionali e democratici del diritto penale- vale a dire una finalità rieducativa secondo i valori del diritto – mentre, al tempo stesso, la Ue ci spinge a sviluppare strumenti di deradicalizzazione.

In un certo senso, tali diverse strategie di partecipazione giudiziaria al contrasto al terrorismo sembrano contraddittorie ed effettivamente sono contraddittorie per ciò che concerne gli obiettivi correlati alle politiche penali che le ispirano.

I principi preconizzati dal «diritto penale del nemico» intendono esclusivamente isolare il detenuto al fine di difendere la società; la strategia di deradicalizzazione mira alla sua adesione ai valori della democrazia e dello stato di diritto e a integrarlo all'interno della società.

Da una parte promuoviamo la strategia della sicurezza; dall'altra insistiamo a utilizzare l'ordinamento giudiziario per conseguire il suo obiettivo specifico: rieducare il detenuto e ottenere la sua adesione ai valori del diritto.

Questo problema – questo dilemma – solleva una questione fondamentale: come è possibile utilizzare il sistema giudiziario in modo efficace per affrontare questo nuovo fenomeno terroristico?

Quando dico «utilizzare in modo efficace», intendo dire che il sistema giudiziario dovrebbe affrontare il problema del terrorismo per raggiungere il proprio obiettivo giuridico e solo in conformità alla propria metodologia.

La giurisdizione non può essere orientata in maniera prioritaria a promuovere le politiche di sicurezza: non è questo il suo obiettivo.

L'obiettivo della giurisdizione è garantire e promuovere i diritti umani: quelli delle vittime del reato e quelli degli indagati e dei detenuti.

Le politiche di sicurezza hanno, ovviamente, obiettivi propri: devono essenzialmente mantenere la nostra pace civile e impedire attacchi terroristici, ma non possono sovrapporsi e governare l'attività giudiziaria sovvertendone gli obiettivi e i metodi di lavoro.

Per raggiungere i propri obiettivi la polizia e i servizi di *intelligence* non hanno bisogno né di evitare né, al contrario, di sovrapporsi al potere giudiziario.

Una cosa è certa: senza il coinvolgimento del sistema giudiziario, non è possibile salvaguardare i valori che ci permettono di distinguere la nostra società da quella proposta dai terroristi.

Gli americani hanno inventato una soluzione artificiale per questo problema: non usano le misure giudiziarie straordinarie nel territorio degli Stati Uniti ma solo a Guantanamo.

Così facendo si aspettano di preservare i propri valori democratici: ma la collettività ne è convinta veramente?

E cosa sta accadendo in Europa?

E i governi, come stanno affrontando la necessità di aumentare la capacità della magistratura di confrontarsi con le misure investigative antiterrorismo sviluppate dalla polizia o dai servizi di *intelligence*?

In realtà, una politica di deradicalizzazione efficace esige la promozione dei valori democratici: diritti umani e dignità della persona.

Ciò significa difendere attivamente e attuare i valori che da sempre costituiscono la struttura fondamentale del diritto penale comune nei Paesi democratici.

Ma come può affrontare queste sfide la magistratura – giudicante e requirente – se in realtà le risorse ad essa destinate sono le stesse di cui disponeva prima della nascita di questo nuovo fenomeno criminale?

In realtà, fino a questo momento, le recenti politiche europee antiterrorismo hanno previsto un incremento soprattutto delle risorse di *intelligence* e di polizia.

Naturalmente possiamo comprendere tale necessità: senza servizi di *intelligence* di qualità ed efficienti e senza forze di polizia ben preparate non è possibile prevenire e impedire attacchi terroristici.

Tuttavia, senza un aumento delle risorse, nella formazione dei magistrati e nell'organizzazione dei sistemi giudiziari che permetta loro di controllare attentamente ed efficacemente le indagini effettuate dai servizi di *intelligence* e dalla polizia, come possiamo pensare di operare per tutelare i principi e i valori fondamentali delle nostre società?

Per avere una politica di deradicalizzazione efficiente – una politica credibile – abbiamo pertanto bisogno di rafforzare i sistemi giudiziari e metterli in condizioni di confrontarsi con il terrorismo.

In realtà, una vera politica di deradicalizzazione richiede un impegno “ideologico” per la difesa dei valori democratici e per lo stato di diritto.

Ed è per questo che, senza il coinvolgimento della magistratura, è impossibile raggiungere tale obiettivo.

D'altra parte, dobbiamo riconoscere che se potessimo avere un sistema giudiziario organizzato, con risorse adeguate e in grado gestire costantemente le richieste della polizia, non sarebbe necessario mantenere misure eccezionali a lungo termine che, di fatto, rappresentano sempre un *vulnus* ai valori delle società democratiche: gli stessi per la cui difesa lottiamo.

Recentemente ho letto un'intervista rilasciata da un giudice francese specializzato in casi giudiziari di terrorismo: si chiama Marc Trévidic.

Trévidic non contesta la dichiarazione dello stato di emergenza in Francia ma ne mette in discussione la durata.

In sintesi, egli afferma che la proroga dello stato di emergenza in Francia può essere giustificata solo perché il sistema giudiziario non dispone dei mezzi e dell'organizzazione necessari per guidare in modo durevole le attività di polizia e di *intelligence*: in realtà ciò accade solo perché i Governi preferiscono tale situazione.

Se il sistema giudiziario potesse disporre di mezzi adeguati per operare in modo efficiente, certamente lo stato di emergenza non sarebbe necessario o, perlomeno, non sarebbe necessario prorogarlo per così tanto tempo.

Forse in questo momento vi state chiedendo che cosa hanno a che fare i problemi che ho analizzato finora con la cooperazione giudiziaria per la lotta al terrorismo: il tema oggetto del mio intervento.

In realtà, non possiamo parlare di cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo senza aver prima discusso delle regole che il sistema giudiziario deve seguire quando affronta tali questioni.

La cooperazione giudiziaria è connessa all'attività giudiziaria, agli atti giudiziari.

Non dobbiamo dimenticare che la cooperazione giudiziaria è basata sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e sulla fiducia reciproca tra le diverse autorità giudiziarie nazionali.

In Europa quei principi sono stati poi tecnicamente sviluppati nel corso degli ultimi anni perché le nostre società sono state in grado di instaurare lo stato di diritto, partendo da basi costituzionali diverse che si sono trasformate in società stabili e democratiche.

In realtà lo stato di diritto può essere rispettato o, perlomeno, considerato un obiettivo politico da conseguire soltanto nell'ambito di società democratiche.

Il rispetto dello stato di diritto è, per essere precisi, la pietra angolare della cooperazione giudiziaria, in particolare quando parliamo di cooperazione giudiziaria in materia penale.

Lo stato di diritto richiede per l'appunto un'attività giudiziaria ordinaria, mentre ciò non è più vero quando parliamo di situazioni politiche o sociali straordinarie e delle varie leggi eccezionali antiterrorismo concepite dai vari governi.

Quando abbiamo a che fare con leggi straordinarie, l'immaginazione del legislatore non riesce a trovare limiti comuni e non è orientata ai valori condivisi e fatti propri dalle comunità dei Paesi democratici.

La definizione di una legge straordinaria basata su situazioni straordinarie può solo consentire soluzioni legali diverse semplicemente perché le leggi costituzionali e le culture costituzionali sono diverse.

In effetti, nonostante gli sforzi compiuti dalle Nazioni Unite, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea per armonizzare i principi e le norme nazionali relativi al terrorismo, persistono molte differenze tra i vari ordinamenti giuridici nazionali.

Consideriamo, per esempio, la definizione comune di atti che costituiscono reati terroristici o gli strumenti procedurali consentiti in diversi Paesi per le indagini anti-terrorismo e per arrivare alla condanna.

Esistono naturalmente convenzioni, carte e trattati internazionali in materia di diritti umani e garanzie civili.

Ma è specificamente con l'obiettivo di derogare a tali garanzie che i Governi stabiliscono misure giuridiche straordinarie in conseguenza di crisi terroristiche.

Se gli ordinamenti giuridici nazionali in materia di antiterrorismo differiscono da Paese a Paese, ciò è ancor più vero per le giurisprudenze nazionali perché neppure la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è in grado di armonizzarle.

Sul punto ho letto di recente una esauriente relazione di Eurojust in cui venivano analizzate tutte queste differenze.

Tale analisi, tuttavia, era mirata e basata esclusivamente su ciò che possiamo ancora chiamare legislazione ordinaria e giurisprudenza comune in materia di terrorismo.

La conclusione era chiara: la cooperazione giudiziaria in materia di reati terroristici è difficile a causa delle grandi differenze tra gli ordinamenti giudiziari circa la definizione di reati terroristici e gli strumenti procedurali legali o illegali per occuparsi del terrorismo e delle indagini terroristiche.

La relazione analizzava anche la diversa giurisprudenza dei tribunali nazionali e le conclusioni sono identiche: i principi giuridici che pongono limiti basati sui diritti umani e che le misure investigative antiterrorismo devono rispettare non sono interpretati in modo identico.

La cooperazione giudiziaria in materia penale, tuttavia, potrebbe essere molto più complicata se tentassimo di concentrare il nostro esame e i nostri studi sui diversi ordinamenti giuridici e sulla diversa giurisprudenza durante uno stato di emergenza dichiarato.

In realtà non è difficile capire le ragioni di tali difficoltà: quanti Paesi – e mi riferisco persino alle vecchie democrazie – hanno già sviluppato a fondo dottrina giuridica e giurisprudenza sui limiti dello stato di emergenza con riguardo alle garanzie civili e politiche?

3. Per ciò che concerne il tema specifico della cooperazione penale nei reati di terrorismo possiamo affermare che esistono due aree essenziali che debbono essere riconsiderate:

- una riguarda il miglioramento e l'armonizzazione della legislazione internazionale al fine di evitare la frammentazione e la disparità delle leggi nazionali concernenti la definizione degli atti considerati reati terroristici;
- l'altra è connessa a una questione più complessa, relativa ai diversi livelli di protezione delle garanzie costituzionali nazionali: in quest'ultimo caso ciò significa il valore processuale delle prove ottenute nel corso delle indagini nei vari Paesi.

Con riguardo alla prima area problematica – che include altresì alcuni problemi costituzionali – penso sia possibile muoversi più velocemente per accelerare l'armonizzazione delle diverse legislazioni.

Principalmente perché alcune relazioni europee sulla cooperazione in materia di reati di terrorismo hanno già individuato in tale problematica l'origine di diverse disfunzioni nella fase delle indagini e del giudizio.

Infatti, alcune condotte considerate reati terroristici in determinati Paesi non possono, per ragioni costituzionali, essere considerate reati in altri Paesi.

Per quanto concerne la seconda area problematica – il valore giuridico delle prove – temo che ciò potrebbe costituire un problema più complesso.

Tali difficoltà, come ho osservato in precedenza, in generale risiedono nell'ambito delle garanzie procedurali costituzionali che derivano dalla diversità del contesto storico delle costituzioni dei Paesi europei.

La Ue è composta, infatti, da Paesi che hanno costituito le loro democrazie in periodi storici diversi e di conseguenza con evoluzioni politiche diverse.

Vi sono Paesi che hanno una lunga tradizione di democrazia; altri hanno ricostituito regimi democratici solo dopo la II guerra mondiale; ve ne sono persino alcuni che sono riusciti a sconfiggere le dittature fasciste che li governavano da molti decenni solo negli anni '70 e, infine, vi sono Paesi che hanno adottato l'ordinamento democratico in vigore nella Ue soltanto negli anni '90.

Tali differenze hanno inevitabilmente determinato culture e requisiti diversi relativamente alle garanzie civili e tutte queste specificità si riflettono nella legislazione nazionale penale e processuale.

Naturalmente sappiamo che oggi, se un Paese della Ue ha necessità di ottenere l'assunzione di una prova in un altro Paese Ue, al Paese richiesto può essere domandato di procedere alla formazione di quella prova conformemente al diritto del Paese richiedente.

Solitamente ciò accade quando il Paese richiedente ha una legislazione più esigente relativamente alle garanzie civili e procedurali rispetto al Paese richiesto e di conseguenza ciò non può comportare alcun genere di problema costituzionale: *Quod abundat non nocet*.

Ma, come ho già prima osservato, questo tipo di cooperazione è stata concepita dal legislatore europeo per lavorare normalmente nel contesto di un ordinamento giudiziario funzionante in modo ordinario e nell'ambito delle norme comuni dello stato democratico.

Quando siamo nell'ambito delle norme dello stato di emergenza, le soluzioni previste non sono così chiare, anche perché il livello costituzionale del regime dello stato di emergenza potrebbe non essere la stessa nei vari Paesi.

Tra le misure eccezionali introdotte con lo stato di emergenza, importanti potrebbero certamente essere la “norma eccezionale” e le ridotte competenze della magistratura; perlomeno quando parliamo di cooperazione giudiziaria.

Ad esempio: come possono le autorità giudiziarie di un Paese in cui vengono condotte indagini in merito a una rete terroristica transnazionale e dove le intercettazioni telefoniche necessitano generalmente dell'autorizzazione di un magistrato imporre al Paese richiesto in cui è stato dichiarato uno stato di emergenza e dove, di conseguenza, le intercettazioni telefoniche sono affidate ai servizi di *intelligence*, che l'intercettazione da eseguire debba essere stata precedentemente autorizzata da un magistrato?

L'esempio precedente è basato su un'ipotesi in cui solo in uno dei Paesi coinvolti sia stato dichiarato lo stato di emergenza. Ma cosa accadrebbe se entrambi gli Stati avessero dichiarato lo stato di emergenza: stati di emergenza con diversi livelli e limitazioni dei diritti civili, e dei poteri della polizia e dei servizi di *intelligence*?

Tali interrogativi ci conducono nuovamente alle considerazioni del giudice francese Marc Trévidic.

Perché non è possibile potenziare l'ordinamento giudiziario per consentirgli di agire contro il terrorismo in modo tempestivo ed efficiente?

Come abbiamo potuto vedere nel caso dei recenti attacchi terroristici a Parigi, tali attacchi sono stati organizzati e perpetrati non in un singolo Paese ma utilizzando reti internazionali che agiscono simultaneamente in Paesi diversi.

Questo è un dato innegabile.

Ma ciò che è veramente importante quando tentiamo di analizzare i problemi concernenti la cooperazione giudiziaria ordinaria è che, oggi, sappiamo già che questo fenomeno terroristico non costituisce più una situazione eccezionale bensì una situazione che potrebbe divenire permanente; o perlomeno durare per un lungo periodo di tempo.

Di conseguenza dobbiamo esaminarla come se fosse una condizione sociale e politica permanente.

Tale conclusione può soltanto condurci a pensare alle competenze della magistratura ordinaria e a come sia possibile potenziarla al fine di permettere il normale funzionamento delle istituzioni democratiche.

Infatti, solo una buona cooperazione giudiziaria può permettere indagini efficienti così come pene efficaci per i terroristi.

Al di fuori dell'ambito giudiziario, la lotta al terrorismo può soltanto fare affidamento su azioni di pura forza e questo è esattamente ciò che fa il gioco della strategia terroristica.

Stiamo tutti imparando di come affrontare questo tipo di terrorismo, ma per far fronte a questa sfida noi giuristi sappiamo che è veramente importante prevedere il futuro del sistema giudiziario.

Questo è il nostro compito.

Le azioni terroristiche – inventate o reali – hanno già portato alla fine di alcuni governi democratici in Europa e dopo la caduta di quei governi, in seguito alla necessità di una legislazione eccezionale per combattere il terrorismo, i valori democratici sono stati annientati e in Europa è scoppiata la II guerra mondiale.

Impedendo che la legislazione eccezionale diventi la normalità non promuoviamo i reati terroristici, ma cerchiamo soltanto di evitare quella situazione che potrebbe permettere ai terroristi di conseguire i loro obiettivi politici: la distruzione delle libertà democratiche e delle garanzie civili in Europa.

4. Per questo motivo dobbiamo approfondire le basi di un'intesa comune sui reati terroristici e sulle relative norme procedurali ordinarie.

Dobbiamo unire le esperienze e le competenze per tracciare le linee che configureranno ordinamenti giuridici europei compatibili, basati sui medesimi valori e principi. Possiamo raggiungere una cooperazione giudiziaria fruttuosa ed efficace solo lavorando quotidianamente con strumenti giudiziari comuni e prevedibili.

Ciò significa che soltanto se lavoreremo fortemente uniti da principi costituzionali comunemente riconosciuti sarà possibile migliorare la cooperazione giudiziaria in settori come quello del terrorismo.

Ciò significa anche che tutti noi dobbiamo evitare, a livello nazionale la tentazione di creare in modo casuale norme eccezionali e temporanee che non possono essere riconosciute e utilizzate durante le procedure di cooperazione giudiziaria.

Noi, certamente, incoraggiamo gli sforzi compiuti dalla Commissione per formulare una proposta di direttiva che aggiorni la Decisione Quadro sulla lotta contro il terrorismo della Ue e recepisca come legge Ue sia l'Unscr 2178 (2014) sia il Protocollo aggiuntivo della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo.

Facciamo certamente appello agli Stati membri della Ue perché rispettino gli obblighi di condivisione con Eurojust delle informazioni riguardanti procedimenti e condanne per reati terroristici derivanti dalla Decisione del Consiglio 2005/671/GAI del 20 settembre del 2005 sullo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici.

Dobbiamo anche incoraggiare la conclusione di accordi di cooperazione giudiziaria con Paesi terzi in ambito europeo ed extraeuropeo, con l'obiettivo di migliorare un approccio comune sulle modalità di gestione dell'attuale fenomeno terroristico.

Riusciremo, tuttavia, a mettere in discussione la logica sottesa e a sconfiggere il terrorismo di matrice ideologica e la sua capacità di sedurre e di reclutare nuovi adepti solo se saremo capaci di promuovere attivamente e di sostenere, in tutti i casi, lo stato di diritto e i valori democratici.

Sfortunatamente, il terrorismo non sarà un problema temporaneo nel prossimo futuro; per questo motivo faremmo meglio a cercare di comprendere come conviverci e come sconfiggerlo.

Questa è la ragione principale per la quale è necessario emanare una serie di norme non transitorie, perlomeno a livello europeo, che permetta di assicurare in tutta Europa, e nello stesso momento, fattispecie di reati equivalenti, pene comparabili e garanzie giudiziarie identiche.

Questa istanza non riguarda soltanto la magistratura: questa istanza riguarda la società nel suo complesso e costituisce una sfida importante per la nostra attuale civiltà.

Terrorismo internazionale. Quale possibile ruolo per la Corte penale internazionale?

di Cuno Tarfusser

In base dello Statuto di Roma che nel luglio 1998 ha istituito la Corte penale internazionale (Cpi) e che è entrato in vigore l'1 luglio 2002, la Corte esercita la propria giurisdizione sui cosiddetti "crimini internazionali" elencati all'articolo 5 dello Statuto, ovvero sui crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. Tra i crimini internazionali rientra anche il crimine di aggressione, anch'esso menzionato dal citato articolo 5, ma per motivi politici, facilmente intuibili considerata la spiccata "politicità" di questo crimine, i Paesi che hanno ratificato lo Statuto non hanno ancora trovato l'accordo per la sua entrata in vigore.

Del crimine di terrorismo non c'è menzione nello Statuto anche se, sia nel corso della conferenza diplomatica di Roma, sia nella prima conferenza di revisione dello Statuto tenutasi a Kampala (Uganda) nel 2010, diverse delegazioni (India, Sri Lanka, Turchia, Trinidad & Tobago, Jamaica, Barbados, Dominica e i Paesi Bassi) hanno variamente proposto di emendare lo Statuto aggiungendo il crimine di terrorismo internazionale tra quelli rientranti nella giurisdizione della Corte.

I motivi per cui queste proposte non hanno trovato accoglimento sono diversi. In estrema sintesi stato obiettato che:

- non esiste una chiara, univoca e accettata definizione del concetto di terrorismo;
- solo i quattro crimini elencati dall'articolo 5 dello Statuto, i così detti "*core crimes*", rappresentano «i crimini più gravi per la comunità internazionale nel suo insieme» (dal Preambolo allo Statuto) e che il fenomeno terrorismo non ha raggiunto la gravità necessaria per essere investigato e processato dalla Corte;
- i fatti di terrorismo quale "*treaty crimes*" vengono già perseguiti in modo efficace dalle giurisdizioni nazionali senza quindi necessità di investire la Corte;

- l'inserimento del crimine di terrorismo tra i “*core crimes*”, avrebbe avuto come conseguenza che diversi Stati non avrebbero firmato lo Statuto con probabile fallimento della conferenza diplomatica di Roma;
- la Corte avrebbe rischiato una sovraesposizione politica, perdendo credibilità e autorevolezza (come se i crimini di cui la Corte penale internazionale si occupa fossero a-politici...);
- la Corte penale internazionale si sarebbe sovraccaricata di casi che non sarebbe stata, considerata la struttura e le risorse, in grado di gestire.

Da quanto detto emerge chiaramente come la comunità internazionale riunita a Roma abbia discusso della materia e che consapevolmente non abbia voluto investire la Corte penale internazionale del crimine di terrorismo.

Ciononostante sono convinto che condotte di terrorismo siano suscettibili di rientrare nella giurisdizione della Corte penale internazionale attraverso un'interpretazione evolutiva dello Statuto e quindi anche senza necessità di un suo emendamento che, non solo è altamente improbabile ma che è addirittura pericoloso considerata la mutata sensibilità verso ogni forma di giurisdizione penale sovranazionale.

Innanzitutto bisogna stabilire se è possibile sostenere ragionevolmente che il crimine di terrorismo possa essere considerato, per diritto internazionale consuetudinario, un cd “*crimine internazionale*”, anziché meramente un mero “*treaty crime*”.

La differenza è che quest'ultimo vincola solo gli Stati contraenti obbligandoli, o a investigare e perseguire la condotta criminosa, o ad estradare gli accusati (*aut dedere aut iudicare*).

I “*crimini internazionali*” che il preambolo allo Statuto di Roma definisce come «i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale», invece, seguono il principio dell'universalità che conferisce a ciascuno Stato giurisdizione sul crimine indipendentemente dalla nazionalità dell'accusato o dal luogo in cui il crimine è stato commesso.

Credo che vi siano diversi elementi qualificanti dai quali si può dedurre che il terrorismo sia ormai assunto al - triste - rango di “*crimine internazionale*”. Mi limito ad accennare a detti elementi:

1. Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle nazioni unite nn. 1368, 1373 e

1566¹ stanno a dimostrare come la comunità internazionale consideri il terrorismo una delle maggiori minacce alla pace e alla sicurezza; la risoluzione n. 1566 da anche una definizione molto avanzata e dettagliata che può essere presa come solida e valida base di discussione per una definizione del crimine di terrorismo².

2. Il continuo aumentare delle ratifiche dei diversi trattati e protocolli in materia di terrorismo da parte della maggior parte degli Stati che hanno ratificato lo Statuto di Roma³ rappresentano certamente un ulteriore elemento indiziante.
3. Vi è anche un elemento indiziante di natura giudiziaria e mi riferisco a tale proposito ad una decisione della Camera d'appello dello Special Tribunal for Lebanon (Stl), presieduta da Antonino Cassese, in cui è stato affermato come il terrorismo sia ormai assunto a crimine internazionale in base al diritto internazionale consuetudinario⁴. La Camera d'appello fondava la propria affermazione fondamentalmente sulla sussistenza di tre elementi, ovvero (i) l'esistenza di una condotta criminosa; (ii) la precisa volontà di terrorizzare la popolazione ovvero di costringere uno Stato o un'organizzazione ad agire o ad omettere di agire, e (iii) l'elemento transnazionale della condotta.

Stabilito quindi come il crimine di terrorismo possa ormai essere considerato un crimine internazionale, occorre ora verificare se ed eventualmente come condotte di terrorismo possano essere sussunte tra quelle descritte nei cd. “*core crimes*” di cui agli artt. 5, 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma.

1 UN Doc. S/RES/1368 (2001); UN Doc. S/RES/1373 (2001); UN Doc. S/RES/1377 (2001).

2 «Recalls that criminal acts, including against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, intimidate a population or compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act, which constitute offences within the scope of and as defined in the international conventions and protocols relating to terrorism, are under no circumstances justifiable by considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or other similar nature, and calls upon all States to prevent such acts and, if not prevented, to ensure that such acts are punished by penalties consistent with their grave nature».

3 Al 31.08.2016, 124 Stati hanno ratificato lo Statuto di Roma.

4 Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, February 16, 2011, para. 83, 85, 86 and 89.

Mi limito in questa breve analisi al crimine contro l'umanità al quale certamente più che al crimine di guerra e al crimine di genocidio possono essere ricondotti agli atti di terrorismo (e questo nonostante che da diverse parti politiche in relazione a fatti di terrorismo si gridi, del tutto a sproposito a mio avviso, ad uno stato di guerra).

Nello specifico è necessario verificare dapprima la sussistenza del cd. «elemento contestuale» del crimine contro l'umanità, di quell'elemento ulteriore cioè che, rispetto a quello oggettivo e quello soggettivo, qualifica il crimine internazionale rispetto al crimine di competenza delle giurisdizioni nazionali.

L'elemento contestuale del crimine contro l'umanità è un elemento complesso e consiste (i) nell'attacco contro la popolazione civile; (ii) nella larga scala e sistematicità (*widespread and sistematic*) dell'attacco e (iii) nell'individuabilità di un elemento di “policy”, di un nesso tra le condotte e un piano politico - organizzativo sovrastante^{5 6}.

Una volta accertata la sussistenza dell'elemento contestuale – che non dovrebbe rivelarsi troppo difficile in organizzazioni terroristiche che ormai operano a livello internazionale, su larga scala e in modo sistematico, appunto – è necessario vedere in quali delle complessivamente undici condotte descritte dalle lettere da a) a k) dall'articolo 7 dello Statuto⁷ gli atti di terrorismo possono essere astrattamente sussumibili.

5 Statuto di Roma, art. 7 (1): «For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread and systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack.».

6 Statuto di Roma, art. 7 (1): «‘Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack.».

7 (a) Murder;
(b) Extermination;
(c) Enslavement;
(d) Deportation or forcible transfer of population;
(e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
(f) Torture;
(g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
(h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cul-

Nessun dubbio che l'omicidio (art. 7(1)(a) SR) rientra tra le condotte di atti di terrorismo. Difficile, invece, prefigurare astrattamente come atti di terrorismo lo sterminio (art. 7(1)(b) SR), la riduzione in schiavitù (art. 7(1)(c) SR) e la deportazione e il trasferimento forzato di una popolazione (art. 7(1)(d) SR). Per quanto concerne l'imprigionamento o altre forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale (art. 7(1)(e) SR) ritengo che tali condotte ben possono rientrare in atti di terrorismo, basti pensare alla presa di ostaggi a fini estorsivi nei confronti di uno Stato. Queste condotte criminose sono peraltro strettamente connesse a quelle di forzata sparizione (art. 7(1)(i) SR) allorquando, ad esempio, il rapimento e la detenzione di persone si accompagna al rifiuto di ogni informazione sul luogo di illegale detenzione come recentemente accaduto in Nigeria ad opera di Boko Haram. Anche la condotta di tortura (art. 7(1)(f) SR) è astrattamente ipotizzabile come condotta di terrorismo, seppure in un contesto terroristico più ampio. Va segnalato come a differenza della tortura quale crimine di guerra (art. 8 SR), nel contesto del crimine contro l'umanità non è necessario che la condotta di tortura venga commessa al fine di ottenere la confessione o ad altri fini coercitivi.⁸ Anche l'ipotesi di persecuzione (art. 7(1)(h) SR) può a mio avviso essere parte di una condotta di terrorismo con particolare riferimento al terrorismo a fondamento religioso e in contesti di cd. terrorismo di Stato. In questo caso è necessario individuare l'intento discriminatorio per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi, di genere o altre ragioni inammissibili in base al diritto internazionale.

Un'attenzione particolare merita l'ultima previsione normativa. Mi riferisco alla lettera k) dell'articolo 7 dello Statuto di Roma che prevede un'ipotesi residuale generica di condotta integrante il crimine contro l'umanità che così è descritta: «altre condotte inumane di simile carattere che intenzionalmente causano grandi sofferenze o serie ferite al corpo o alla salute mentale o fisica» (art. 7(1)(k) SR). Non vi è dubbio che

tural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;

(i) Enforced disappearance of persons;

(j) The crime of apartheid;

(k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

8 Elements of Crime, Art. 8(2)(a)(ii)-1.

i puristi del diritto penale non possono non avere enormi difficoltà con una previsione così generica. Al fine di evitare la violazione del principio di legalità la soglia di gravità che queste «altre condotte inumane» devono raggiungere deve essere simile per natura e gravità agli atti elencati nell'art 7 dello Statuto. Difficile pensare a condotte diverse da quelle già elencate alle lettere precedenti, ma certamente questa norma, altamente discutibile e da interpretare con estrema cautela, lascia ulteriori spazi di manovra per ricomprendervi atti di terrorismo di particolare gravità non rientranti tra le condotte tipizzate.

Da quanto molto succintamente esposto emerge come, a mio parere, il crimine di terrorismo laddove si manifesta in una delle condotte menzionate all'articolo 7 dello Statuto di Roma ed in presenza dell'elemento contestuale che caratterizza i crimini internazionali, potrebbe già *rebus sic stantibus* e senza quindi alcuna necessità di emendare lo Statuto, rientrare nella giurisdizione della Corte penale internazionale e quindi da questa essere investigato, perseguito e giudicato.

La legislazione dell'Unione europea tra esigenze di armonizzazione e logiche emergenziali*

di **Ignazio (Juan) Patrone**

1. La “lotta al terrorismo” agli albori delle politiche europee di cooperazione penale

L'Atto unico europeo, approvato nel 1986 ed entrato in vigore il 1 luglio 1987, è considerato l'atto costitutivo di un primo embrione di unione politica tra gli allora dodici Stati membri.

In quel contesto – nel quale per la prima volta si usano i termini di “cooperazione politica” e di Unione europea – vi è un primo (sia pure assai vago) accenno ad una possibile cooperazione penale e di polizia in una “Dichiarazione politica dei governi degli Stati membri” relativa alla libera circolazione delle persone, il cui testo era il seguente: «Per promuovere la libera circolazione delle persone gli Stati membri cooperano, senza pregiudizio delle competenze della Comunità, in particolare per quanto riguarda l'ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi. *Essi cooperano anche per quanto riguarda la lotta contro il terrorismo, la criminalità, gli stupefacenti e il traffico delle opere d'arte e delle antichità*».

Erano impegni, come oggi si può agevolmente notare, del tutto generali (se non assolutamente generici), privi allora di qualsivoglia strumento di attuazione, tanto che nella successiva Dichiarazione «relativa agli articoli da 13 a 19 dell'Atto unico europeo», a scanso di equivoci circa la “inesistente” cessione di sovranità, si precisava che «Nulla in queste disposizioni pregiudica il diritto degli Stati membri di adottare le misure che essi ritengano necessarie in materia di controllo dell'immigrazione da Paesi

* Il testo dell'intervento è pervenuto nel mese di agosto 2016.

terzi nonché in materia di lotta contro il terrorismo, la criminalità, il traffico di stupefacenti e il traffico delle opere d'arte e delle antichità».

Eravamo sul piano delle semplici buone intenzioni, dunque.

Ai limitati fini del presente discorso, al di là di alcuni aspetti storici¹ e persino curiosi² che emergono dalla lettura dell'Atto unico, ciò che preme rilevare è che “la lotta al terrorismo” è stata da allora sempre indicata – senza soluzione di continuità – tra gli obiettivi primari della costruzione comunitaria e dell'Unione, sino al Trattato di Maastricht del 1992 ed al successivo Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1 maggio 1999.

Con quest'ultimo veniva stabilizzata la materia della cooperazione penale nel Titolo VI del Trattato sull'Unione, «Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale», il cui articolo 29 prevedeva un nucleo di reati (peraltro non sempre ben definiti) per i quali era previsto, nell'ambito di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», la prevenzione e la repressione della criminalità attraverso azioni comuni in materia di criminalità, organizzata o di altro tipo, e in particolare di *terrorismo*, di tratta degli esseri umani e reati contro i minori, di traffico illecito di droga e di armi, di corruzione e di frode.

Lo strumento legislativo principe, del tutto nuovo, per l'attuazione delle politiche di cooperazione penale sarebbe stata nel decennio successivo la decisione quadro, un atto la cui adozione rimaneva saldamente nelle mani degli Stati attraverso il Consiglio, avente una bassa forza di armonizzazione³, e che peraltro sarebbe restato sostanzialmente nei cassetti dei buoni propositi sino alla svolta rappresentata dall'11 settembre

1 Nel 1986 era in corso un aspro confronto tra gli Stati Uniti e i loro alleati e la Libia a proposito del finanziamento di gruppi terroristici da parte di quel Paese (allora saldamente in mano a Gheddafi); erano inoltre aperte nel cuore dell'Europa le questioni nord irlandese e basca, con tutto quel che ne seguiva in termini di atti certamente qualificabili come terroristici, ma compiuti da forze che si autodefinivano – e molti anche in altri Paesi ritenevano essere – di “liberazione nazionale”.

2 Del “traffico delle opere d'arte e delle antichità”, se non erro, non si è mai più parlato tra gli obiettivi delle politiche penali e di polizia, prima della Comunità e poi dell'Unione.

3 Per l'adozione delle decisioni quadro era richiesta l'unanimità, non erano previste procedure di infrazione in caso di trasposizione omessa o carente ed il controllo della Corte di giustizia era molto limitato.

2001, epifania di un “nuovo” terrorismo globalizzato e momento di svolta, *bon gré mal gré*, nella legislazione dell’Unione in materia penale.

2. Dopo l’11 settembre 2001: la “lotta al terrorismo” a parole si fa dura, ma la legislazione europea stenta ad essere applicata

Le politiche di cooperazione penale, nonostante le più ampie competenze attribuite all’Unione dal Trattato di Amsterdam e le pur ambiziose Conclusioni del Consiglio straordinario di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999⁴ – con le quali gli Stati membri si erano reciprocamente impegnati ad una più efficace politica comune di contrasto alle più gravi forme di criminalità – non sono nei fatti efficacemente decollate sino all’impulso dato dall’attacco alle Torri Gemelle⁵, che provocò, sul piano politico, la necessità di dare alla opinione pubblica europea e a quelle nazionali risposte che potessero essere ritenute, quantomeno, rassicuranti riguardo alla capacità di contrastare i terroristi anche sul piano della cooperazione penale internazionale ed europea in particolare.

Fu, secondo un’opinione all’epoca condivisa, l’allora Commissario europeo competente, il portoghese Vitorino, ad approfittare della volontà espressa dagli Stati membri (nel frattempo diventati 15) ed a lanciare la proposta di una prima serie di atti del terzo pilastro (come era denominata la politica comune in materia di giustizia) tra i quali – inevitabilmente, visto il momento politico – quella sul terrorismo: venne così introdotta la decisione quadro del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI).

4 Vero atto di fondazione “politica” della cooperazione penale e di polizia, base di tutte le iniziative legislative degli anni a seguire.

5 Per un bilancio critico delle politiche del terzo Pilastro prima dell’11 settembre si veda Anne Weyembergh, Building a European Legal Area, *What has been achieved and what has still to be done*, Lecture in the Cicero Foundation Great Debate seminar “Justice and Home Affairs - How to Implement the Amsterdam Treaty?”, Paris, 13-14 April 2000, www.cicerofoundation.org/lectures/p4weyembergh.html.

Interessante leggere i pur prolissi Considerando n. 4 e n. 5, che si riportano in nota⁶ 7, dai quali sembrano emergere, da un lato lo sforzo comune di lunga data di impegnarsi sul terreno del contrasto ad un fenomeno che, nel tempo, andava assumendo caratteristiche sconosciute sia ai terrorismi “nazionali” (quali quello basco e quello nord-irlandese) sia a quello più propriamente di ispirazione politica, che soprattutto in Italia e Germania aveva dato (e nel nostro Paese purtroppo stava ancora dando) ripetutamente prova di sé; dall’altro una certa confusione tra strumenti giuridici (tutti in ogni caso a bassissimo o nullo valore cogente) ad altri di tipo squisitamente politico.

La decisione quadro in questione, vista a molti anni di distanza, presentava alcune disposizioni di sicuro interesse ed altre di assoluta novità. Citerò solo un primo tentativo di definire da un punto di vista penale l’atto terroristico, le finalità terroristiche

6 (4) A livello di Unione europea, il 3 dicembre 1998, il Consiglio ha adottato il piano d’azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. È altresì necessario tener conto delle conclusioni del Consiglio del 20 settembre 2001 e del piano d’azione in materia di terrorismo del Consiglio europeo straordinario del 21 settembre 2001. Il problema del terrorismo è stato ricordato nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del 19 e 20 giugno 2000. È inoltre menzionato nella comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull’aggiornamento semestrale del quadro di controllo per l’esame dei progressi compiuti nella creazione di uno spazio di «libertà, sicurezza e giustizia» nell’Unione europea (secondo semestre del 2000). Il 5 settembre 2001 il Parlamento europeo ha inoltre adottato una raccomandazione sulla lotta al terrorismo. È inoltre importante ricordare che il 30 luglio 1996, alla riunione dei Paesi più industrializzati (G7) e della Russia svoltasi a Parigi, sono state predisposte 25 misure per combattere il terrorismo.

7 (5) L’Unione europea ha adottato numerose misure specifiche per lottare contro il terrorismo e la criminalità organizzata: la decisione del Consiglio, del 3 dicembre 1998, che incarica l’Europol di occuparsi dei reati commessi o che possono essere commessi nell’ambito di attività terroristiche che si configurano in reati contro la vita, l’incolumità fisica, la libertà delle persone e i beni(1); l’azione comune 96/610/GAI del Consiglio, del 15 ottobre 1996, sull’istituzione e l’aggiornamento costante di un repertorio delle competenze, capacità e conoscenze specialistiche nel settore dell’antiterrorismo, per facilitare la cooperazione fra gli Stati membri dell’Unione europea nella lotta al terrorismo(2); l’azione comune 98/428/GAI del Consiglio, del 29 giugno 1998, sull’istituzione di una Rete giudiziaria europea(3) con competenze per i reati terroristici (segnatamente l’articolo 2); l’azione comune 98/733/GAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un’organizzazione criminale negli Stati membri dell’Unione europea; la raccomandazione del Consiglio, del 9 dicembre 1999, sulla cooperazione nella lotta contro il finanziamento dei gruppi terroristici.

e le conseguenti condotte punibili (artt. 1-4) ; il primo tentativo (sempre salvo errore da parte di chi scrive) di stabilire sanzioni penali armonizzate nel diritto dell'Unione: il terzo comma dell'art. 5 infatti prevede infatti che «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati elencati all'articolo 2 siano punibili con una reclusione di durata massima non inferiore a 15 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e non inferiore a 8 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b). Qualora il reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), si riferisca solo alla fattispecie di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera i), la durata massima della reclusione non è inferiore a 8 anni».

Se oggi pensiamo, a Trattati modificati, alla difficoltà di dar seguito all'art. 83.1 del Tfu, che prevede la possibilità di emanare direttive per armonizzare le definizioni dei reati e stabilire anche le sanzioni applicabili, forse ci rendiamo conto della novità rappresentata allora dalla disposizione citata ed anche delle ragioni (o di alcune di esse) del suo insuccesso.

Ad onta dei roboanti impegni, i risultati furono infatti molto modesti se non deludenti: la Commissione (salvo errore di chi scrive) ha elaborato due *report* sulla base delle (assai carenti, a quanto pare) informazioni pervenute dagli Stati membri, secondo quanto dispone l'art. 11 della decisione quadro: si tratta dei documenti classificati *Report from the Commission based on Article 11 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism*, rispettivamente COM(2004)409 e COM(2007) 681: in poche parole, si tratta quasi di un pianto greco tra dati nazionali incompleti o addirittura non forniti, disposizioni non trasposte, equivoci interpretativi di ogni tipo, il tutto (secondo le generali regole del terzo pilastro) senza che la Commissione potesse far nulla, non essendo prevista – come detto – la procedura di infrazione per le decisioni quadro⁸.

8 Per farsi un'idea del livello di non adempimento da parte degli Stati membri alle obbligazioni da essi stessi liberamente stipulate con l'approvazione della decisione quadro 2002/475, basta leggere un passo del *report* della Commissione del 2004: «By 31 December 2002, however, only five Member States (Austria, Germany, Ireland, Italy and Portugal) had provided the Commission with information on implementation and only two of them actually included the relevant transposing provisions. A document drawn up on this basis would have been virtually meaningless, so the Commission has had to admit late replies and gather complementary information from the contact persons, when designated by Member States. By February 2003, seven more Member States (Belgium, Denmark, France, Finland, Greece, Spain, and the United Kingdom) had responded although two of them just referred to

Sarebbe interessante – ma qui manca lo spazio – studiare la ragione (che presumibilmente era tutta politica) di tale generalizzato rifiuto ad adempiere: occorrerebbe a tale scopo andare ad analizzare la sorte, in genere stentata e poco fortunata, di quasi tutte le misure adottate nel vigore delle norme sulla produzione giuridica dell'ormai defunto terzo pilastro, dalle decisioni quadro alle Convenzioni, esclusi la Decisione quadro sul mandato di arresto europeo e la Convenzione del 2000 sulla mutua assistenza legale. Sta di fatto che anche la Decisione quadro n. 2002/475 non si è sottratta a tale non brillante destino, neppure dopo l'introduzione delle modifiche di cui alla Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008. Nel frattempo, infatti, la minaccia terrorista si era tutt'altro che spenta, basti pensare anche solo ai massacri di Madrid Atocha dell'11 marzo 2004 e della metropolitana di Londra del 7 luglio 2005, che destarono enorme impressione ed al conseguente coro di governi disposti, a loro dire, a cooperare ad ogni costo ma poco disposti a modificare le loro legislazioni nazionali.

La decisione quadro del 2008 presenta peraltro una marcata tendenza verso un diritto penale di prevenzione o dell'intenzione, slegato dalla effettiva commissione di atti e condotte rilevanti, ciò che non ha mancato di esser criticato da attenta dottrina⁹ e che ha costituito una pesante ipoteca sulla legislazione successiva.

In conclusione possiamo dire che la legislazione europea del 2002-2008 in materia di contrasto penale al terrorismo è largamente rimasta sul terreno del diritto penale

new draft legislation. Sweden was the thirteenth Member State to reply, on 5 November 2003. Luxembourg and the Netherlands did not reply».

9 V. in particolare V. Mitsilegas, Professor of European Criminal Law, Queen Mary, University of London, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, (2009) 34 E.L. REV. August 2009, il quale a pag. 526 scrive: «*This disassociation of criminalisation from the actual commission of a terrorist act, along with the wide scope of the new offences, has led to the Framework Decision being strongly criticised for compromising freedom of expression (and academic freedom in particular), and for cementing a criminal law of prevention, where the focus is not on the actual commission of acts, but on the control of individuals who are perceived as a threat at a temporal stage far removed from the commission of crime.*¹⁴ Indeed, the shift to prevention in the new offences is evident, as is the attempt to extend the criminal law sphere to certain profiles of individuals and subjective elements whose link with the actual commission of terrorist offences is more and more tenuous. A wide range of conduct could potentially be included within the criminalisation scope of the Framework Decision,¹⁵ while, on the other hand, the safeguards included in the instrument are drafted in rather general terms and their effect in the implementation process in Member States is unclear».

simbolico, senza riuscire veramente ad incidere sui sistemi nazionali, armonizzandoli solo in parte e molto lentamente e introducendo «tendenze preoccupanti, che non debbono essere trascurate: la tendenza a stabilire disposizioni penali che non perseguono un chiaro scopo di tutela, la tendenza a trascurare il principio dell'*ultima ratio*, la tendenza ad imporre obblighi di penalizzazione che conducono sul piano nazionale a fattispecie penali eccessivamente indeterminate, così come la tendenza a reagire ad ogni problema sociale con una crescente repressione e a vedere in ciò di per sé solo un plusvalore»¹⁰.

3. Arriva il Trattato di Lisbona: ma arriva anche l'IS

Il Trattato di Lisbona ha apportato numerose ed importanti modificazioni nella materia penale¹¹.

Il terrorismo, da sempre considerato tra le condotte criminali più pericolose e, per loro stessa natura, transnazionali, è stato perciò inserito tra i cd *eurocrimes* all'art 83 Tfu, secondo una linea coerente con le premesse sopra citate sub n. 1, venendo la materia ora disciplinata dalle norme generali dello Sls: lo strumento giuridico diviene la direttiva, vi è il controllo della Corte di giustizia, sono possibili le procedure di infrazione. Purtroppo però anche la minaccia terroristica si è intensificata ed appare in tutta la sua pericolosità il fenomeno – nuovo, per le dimensioni che ha raggiunto – dei cd *foreign fighters*, i combattenti del sedicente Stato islamico reclutati in altri Paesi, anche europei; i quali, facendo poi ritorno alla loro origine, diventano militanti, regolari o irregolari, pronti a compiere attentati. Ma questa è la cronaca, ardua da accettare, di oggi.

È in corso di esame davanti al Consiglio ed al Parlamento una proposta della Commissione per una nuova Direttiva in materia: si tratta della Proposta di direttiva del Pe e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo.

¹⁰ Così, molto efficacemente, gli studiosi europei di European Criminal Policy Initiative: www.crimpol.eu/manifesto nel loro *Manifesto sulla politica criminale europea*, pubblicato in molte lingue, tra cui l'italiano, nel 2009.

¹¹ Mi permetto sul punto di rinviare al mio *La dimensione costituzionale del diritto penale dell'Ue dopo il Trattato di Lisbona*, europeanrights.eu, pubblicato il 6 maggio 2016.

Sul piano del contrasto al finanziamento ai gruppi terroristici è stata emanata la direttiva 2015/849 del Pe e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (Ue) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/Ce della Commissione¹². Sul quadro di insieme e sulle prospettive del settore (che oltre alla giustizia tocca, inevitabilmente, delicate questioni relative al mercato interno) si può utilmente leggere un recente documento della Commissione, Com(2016) 50 *final*, Comunicazione della Commissione al Pe ed al Consiglio relativa a un piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo¹³.

Non si può seriamente esaminare un testo non ancora entrato in vigore, sul quale peraltro si sono da subito appuntate critiche, anche aspre, quale è quello della proposta di direttiva ora in esame.

Solo ci sembra di poter dire che un bilancio, vero, approfondito, serio, della legislazione ad oggi emanata non pare sia stato fatto e forse neppure tentato.

Si avanza sempre a tentoni, seguendo le emergenze senza una valutazione preventiva dei problemi già emersi nella applicazione degli strumenti precedenti.

Si tratta di una politica penale dell'emergenza, sulla quale non possiamo essere d'accordo.

12 Non c'è veramente lo spazio per trattare anche la complessa materia della prevenzione del finanziamento al terrorismo, a pena di un'inaccettabile superficialità.

13 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0050&rid=17>.

Il punto di vista di Medel*

di **Gualtiero Michellini**

La riflessione recente di Medel¹ sul terrorismo si è sviluppata già nell'incontro di Reggio Calabria, in occasione del 20° congresso di Magistratura democratica nell'inverno 2015, e dopo gli attentati di Parigi a Charlie Hebdo ed antisemiti.

Come organizzazione europea dei magistrati che ha scolpiti nel proprio statuto gli obiettivi di promozione dell'integrazione europea e di protezione dello Stato di diritto, i primi approdi di questa riflessione sono stati:

- il rifiuto del concetto di guerra e l'affermazione della necessità dell'applicazione delle regole del diritto per il contrasto al terrorismo (regole naturalmente efficaci e coniugate con appropriate strategie preventive);
- il rafforzamento della cooperazione europea (anche con l'istituzione di una Procura europea, come sarebbe possibile in base al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue) ed internazionale nella lotta contro il terrorismo, nella consapevolezza della limitatezza ed anche dell'inefficacia di risposte solo nazionali di fronte a sfide e minacce globali.

Il seminario di Pisa è una straordinaria occasione interdisciplinare di approfondimento e confronto, con la partecipazione di magistrati che rappresentano le associazioni di Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Grecia, Italia, Moldavia, Marocco, Paesi

* L'Associazione Medel (*Magistrats européens pour la démocratie et les libertés*) è stata fondata nel 1985 su iniziativa di associazioni e sindacati di magistrati di sei Stati europei. Fin dalla sua fondazione, Medel ha compreso associazioni nazionali sia di giudici che di pubblici ministeri, www.medelnet.eu; vedi anche: www.magistraturademocratica.it/mdem/intervento_all.php?a=on&s=&id=605.

Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Serbia, Spagna, Tunisia, Turchia.

Luigi Ferrajoli nella sua comunicazione dice «è di enorme importanza l'uso delle parole ... ad un crimine, sia pure gravissimo, si risponde con il diritto». È sbagliato definire un fenomeno terroristico con la nozione di Stato, anziché di organizzazione criminale. È sbagliato usare il termine guerra, che rischia di legittimare la guerra santa.

Come operatori del diritto siamo consapevoli della mancanza di una definizione di terrorismo a livello globale. La Convenzione della Società delle nazioni in materia, scritta tra le due guerre mondiali, non entrò mai in vigore. I progetti di Convenzione globale delle Nazioni Unite, con una definizione comune di terrorismo, non sono mai stati conclusi, arenatisi per la difficoltà di tracciare un confine con i combattenti per la libertà contro l'occupazione straniera.

Anche nei negoziati per la Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale vi furono molteplici tentativi di inserire una nozione penale del delitto di terrorismo concordata dalla comunità internazionale, ma probabilmente non era la sede appropriata.

Vi sono, però, molti strumenti regionali, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, oltre alle Convenzioni settoriali delle Nazioni Unite, a base della cooperazione giudiziaria europea ed internazionale.

La stessa Risoluzione dell'*United Nations Security Council* (Unscr) 2178/2014 ha portato anche a modifiche della nostra legislazione domestica, ed all'incriminazione dei reati commessi dai cd. *foreign fighters* (ed anche questo è un termine improprio) e connessi alla cd. radicalizzazione tramite internet.

Affrontare temi come quelli oggetto del seminario internazionale di Pisa significa confrontarsi prima di tutto con problemi che hanno segnato la storia politica e giuridica italiana, e non solo, recente, ancora oggetto di lacerazioni.

Significa confrontarsi con problematiche quali:

- l'utilizzo della rete e di telecomunicazioni digitali, con i temi collegati di protezione dei dati e della riservatezza;
- i rischi, già evidenziati dall'Agenzia europea per i Diritti Fondamentali, di una sorveglianza di massa;
- la necessità imprescindibile di cooperazione internazionale, con il limite dei

rapporti con gli Stati che applicano la pena di morte o che utilizzano le informazioni di *intelligence* come fonti di prova nel processo penale;

- la paura generalizzata nell'opinione pubblica sulle possibili interazioni - mai dimostrate - con la crisi europea dei rifugiati e dei migranti economici;
- la tutela delle vittime;
- perfino i costi della sicurezza e della cooperazione.

Domande complesse, con risposte difficili, articolate e tutte da scrivere, con l'unica certezza che un contributo all'elaborazione collettiva può essere fornito dal dialogo e dal confronto con gli altri Paesi che vivono queste esperienze con declinazioni diverse.

In Belgio, le misure antiterrorismo e i progetti del Governo si inseriscono in un contesto di decadimento del potere giudiziario*

di **Manuela Cadelli**

1. Il decadimento del potere giudiziario

Il sistema giudiziario belga è al collasso. La sua indipendenza è stata messa in discussione, da due anni a questa parte, da un potere esecutivo dilagante al cuore di una partitocrazia malata. Ciò determina un contesto la cui comprensione è indispensabile per il prosieguo dell'esposizione e che deve essere descritto.

Nel 1830, i costituenti avevano voluto creare un potere giudiziario indipendente dagli altri due poteri. Contrariamente alla Francia, nella quale ha prevalso la diffidenza nei confronti dei giudici e ci si è limitati a prevedere una "autorità" giudiziaria, il Belgio democratico ha voluto porre un freno al potere esecutivo e all'amministrazione, di cui aveva subito gli eccessi durante il dominio olandese. Sotto questo profilo, la Costituzione belga è stata a lungo considerata un modello di progressismo.

Il potere giudiziario veniva concepito come uno dei tre poteri, incaricato di limitare gli altri due e di assicurare così l'equilibrio delle istituzioni o, come suggerisce il costituzionalista Dominique Rousseau, il "radicamento" dei principi democratici.

Va ricordato che alla giustizia belga vengono assegnate le risorse finanziarie più limitate di tutta Europa (dal Portogallo alla Russia, secondo la classifica della Commissione per l'efficienza della giustizia Cepej).

Il bilancio degli attacchi sferrati negli ultimi due anni alla giustizia belga è drammatico. È stata prevista una nuova cura di *austerità* per quattro anni, che ha prodotto gravi conseguenze:

* Traduzione dal francese a cura di Giacomo Roma. Versione in lingua francese in www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/cadelli-originale.pdf

1. Da più di due anni, il Governo viola con feroce determinazione la legge che stabilisce l'organico dei magistrati e del personale amministrativo.

L'attuale ministro della giustizia, Koen Geens, membro di un governo neoliberista che lavora sotto la costante pressione dei nazionalisti fiamminghi che ne fanno parte, impone ai vertici dei tribunali e delle procure, al di fuori di qualsiasi forma di controllo democratico, di “negoziare” le diminuzioni d'organico e di risorse finanziarie, per poi aspettare il beneplacito dell'amministrazione delle finanze incaricata di convalidare quest'approccio gestionale. Le promesse di nomine fatte per ricompensare presidenti e procuratori dei compromessi loro strappati spesso non sono neppure mantenute.

L'audacia del Governo arriva a pubblicare dei posti vacanti con la dicitura “nel limite delle risorse disponibili”. A breve termine, questa situazione di *deficit* sarà invocata per stabilire l'ammontare delle risorse assegnate al potere giudiziario nell'ambito della decentralizzazione della sua gestione.

2. Una legge del 1° dicembre 2013 ha introdotto la mobilità dei magistrati e permette, in spregio dell'articolo 152 della Costituzione che proclama la loro inamovibilità, di spostarli in funzione dei bisogni degli uffici e dei problemi finanziari che li attanagliano.

Il nesso con il punto precedente è evidente. La legge che stabilisce l'organico è violata. I magistrati possono, quindi, ormai essere spostati, anche per delle cattive ragioni (sanzioni mascherate o volontà di rimuovere un giudice da un caso delicato), in violazione del dettato costituzionale della loro inamovibilità e del principio della loro indipendenza, come interpretato dalla Corte europea dei diritti umani, ossia l'assenza di ogni possibile pressione sull'adozione delle decisioni.

3. Una legge del 18 febbraio 2014, cinicamente intitolata sulla “autonomia di gestione”, ha operato una pura e semplice amministrativizzazione del potere costituito che dovrebbe essere rappresentato dalla giustizia belga: dei fondi, che tutti considerano insufficienti, saranno assegnati a delle strutture di gestione, dei “collegi”, in cambio del rispetto di obiettivi quantitativi fissati dal ministro (con un termine di un anno tra l'*input* e l'*output*) e la valutazione dei risultati di queste strutture da parte dell'amministrazione in funzione di indicatori, anch'essi definiti dal ministro.

Tutte le strutture giudiziarie vengono così messe in concorrenza tra loro, a causa della modalità di distribuzione dei fondi.

La regressione democratica è totale: la giustizia belga, che il ministro definisce ora i “servizi giudiziari”, è ormai posta sotto il controllo severo e arbitrario delle amministrazioni della giustizia e delle finanze.

4. In alcuni uffici, la situazione è diventata ingestibile per quanto riguarda le cancellerie e il personale amministrativo. A Bruxelles, su 125 posti di cancellieri, solo 25 sono occupati. Alcuni giudici istruttori hanno dovuto accettare degli autisti come cancellieri per assisterli. A Namur, è il personale addetto alla manutenzione a inserire la posta nei fascicoli. Due persone sospettate d'omicidio sono state recentemente rilasciate a causa di vizi procedurali legati a quest'assurda austerità che rende impossibile lavorare in maniera rigorosa ed efficace.

5. Lo stato di cattiva conservazione di alcuni edifici lascia di stucco. IL palazzo di giustizia di Bruxelles è circondato dal impalcature da più di trent'anni. Le condizioni di lavoro di alcuni impiegati sono a volte contrarie alla decenza. La regolare scoperta di amianto in diversi edifici non ha condotto i responsabili ad adottare le necessarie misure sanitarie. E il modo in cui vengono accolti gli utenti è spesso offensivo.

6. Il *budget* per i servizi informatici è diminuito del 22% nel 2015. Alcuni episodi sono una vera e propria farsa, non è raro che i magistrati debbano comprare loro stessi gli strumenti necessari. La situazione diventa paradossale quando si scopre che i sistemi utilizzati dai diversi soggetti coinvolti nel processo penale non sono compatibili tra loro. Nei tribunali ci sono a volte degli *scanner*, ma manca il personale per digitalizzare i *dossier*, e alcune udienze sono rinviate perché gli avvocati non hanno ricevuto le copie dei fascicoli che hanno richiesto.

7. La procedura civile e penale è stata modificata sulla base di esigenze esclusivamente finanziarie. Non viene sviluppato nessun progetto in termini di giustizia e di servizio al cittadino.

Nel 2015, sono state soppresse le sezioni collegiali. Ancora una volta in violazione del dettato costituzionale, ma è questa ormai una nuova caratteristica del famoso “compromesso alla belga”: la modifica di disposizioni costituzionali per via legislativa. Già nel 2007, una legge ha creato l'*Institut de formation judiciaire*, anche se i costituenti avevano affidato questa competenza al *Conseil supérieur de la justice*, istituzione autonoma e indipendente dal potere esecutivo e giudiziario.

La figura del giudice istruttore è anch'essa minacciata dei progetti del ministro, senza che sia previsto di garantire maggiore indipendenza alla magistratura inquirente.

La legge del 28 gennaio 2016 ha praticamente soppresso la corte d'assise.

Tutti questi elementi dimostrano, da un lato, che la giustizia belga non è più un potere indipendente, non è messa in condizione di svolgere il suo ruolo nel contesto di crisi globale che ben conosciamo e subisce molti abusi e, dall'altro, che il potere politico prova cinicamente a azzerarne la qualità, l'autorevolezza, ma soprattutto l'importanza da un punto di vista democratico.

Nessun attore del panorama giudiziario belga contesta questo stato di totale decadenza. Non solo: il 1° giugno 2015, la Corte di cassazione e i più alti vertici della magistratura hanno rivolto al Consiglio d'Europa un appello su questa situazione senza precedenti.

È evidente la difficoltà per un potere giudiziario, dimidiato nelle sue prerogative costituzionali e pattizie, di gestire la normativa anti-terrorismo in modo democratico e nel rispetto dei diritti umani e dei principi procedurali fondamentali.

2. La legislazione penale antiterrorismo attualmente in vigore

2.1. La materia è stata disciplinata dalla legge del 19 dicembre 2003 di recepimento della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo, che inserisce nel Codice penale belga un titolo *I-ter* relativo ai reati legati al terrorismo. Questo nuovo titolo comprende gli articoli da 137 a 141-*ter*.

Il reato di terrorismo è definito dall'articolo 137 del Codice penale come un'azione che «per la sua natura o il contesto nel quale è commessa può costituire una grave minaccia per un Paese o un'organizzazione internazionale» e che viene «commessa in maniera intenzionale con l'obiettivo di intimidire la popolazione o di costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere un determinato atto o ad astenersi dal farlo o di destabilizzare in maniera grave o distruggere le basilari strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale». Ci si riferisce, in particolar modo, alle aggressioni e lesioni volontarie, l'omicidio, il rapimento, la presa di ostaggi, il dirottamento aereo e altre violazioni della legislazione sulle armi commesse in tale contesto.

L'articolo 138 del codice penale prevede le pene applicabili ai reati di terrorismo previsti all'articolo 137.

I gruppi terroristici sono trattati all'articolo 139. Essi sono definiti come «l'associazione strutturata, stabile nel tempo, di due o più persone che agiscono in maniera concordata per commettere i reati di terrorismo di cui all'articolo 137». Quest'articolo precisa, però, che «un'organizzazione il cui reale scopo è esclusivamente d'ordine politico, sindacale o filantropico, filosofico o religioso, o che persegue esclusivamente qualsiasi altro obiettivo conformemente alle leggi vigenti, non può essere considerata, in quanto tale, un gruppo terroristico».

L'articolo 140 prevede l'incriminazione per la partecipazione all'attività di un gruppo terroristico. Quest'incriminazione interviene per «qualsiasi persona che partecipa all'attività di un gruppo terroristico, anche attraverso la trasmissione di informazioni o la fornitura di risorse materiali, o attraverso qualsiasi forma di finanziamento di un'attività di un gruppo terroristico, qualora abbia la consapevolezza che tale partecipazione concorre alla commissione di un reato». Il fatto di dirigere un gruppo terroristico è punito con pene più severe che la “semplice” partecipazione. Quest'articolo serve anche a reprimere sul piano penale il finanziamento del terrorismo.

2.2. La legge del 18 febbraio 2013 di modifica del libro II, titolo I-ter del codice penale (pubblicata nella Gazzetta ufficiale belga il 4 marzo 2013) inserisce nel codice penale tre nuove fattispecie di reato, ossia l'incitazione pubblica a commettere un reato di terrorismo, il reclutamento a finalità terroristiche e l'addestramento a finalità terroristiche.

Questa legge recepisce la decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 novembre 2008 che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo. Essa consente, inoltre, al diritto belga di conformarsi alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, aperto alla firma a Varsavia il 15 maggio 2005.

L'articolo 140-bis sull'incitazione pubblica a commettere un reato di terrorismo stabilisce che «fermo restando quanto previsto all'articolo 140, chiunque diffonda o metta a disposizione del pubblico in qualsiasi modo, con l'intenzione di incitare alla commissione dei reati di cui all'articolo 137, a eccezione di quanto previsto all'articolo 137, §3, 6, sarà punito con la reclusione da cinque a dieci anni e un'ammenda da cento a cinquemila euro, quando tale comportamento, che preceda o meno la commissione di reati di terrorismo, crea il rischio che uno o più di questi reati possano essere commessi».

Questa fattispecie non può condurre alla repressione di atti che non hanno alcun rapporto con il terrorismo, a rischio di limitare eccessivamente la libertà d'espressione. Per questo motivo, il giudice dovrà prendere in considerazione diversi criteri per valutare se c'è stata un'incitazione pubblica a commettere un reato di terrorismo, quali l'autore del messaggio, il suo destinatario, la sua natura e il contesto nel quale il messaggio viene formulato.

Gli articoli 140-ter e 140-quater sanzionano penalmente chiunque recluti un'altra persona per commettere un reato di terrorismo e chiunque dia delle istruzioni o formazioni per la fabbricazione o l'utilizzo di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose, o per altri metodi o tecniche specifiche con lo scopo di commettere uno di questi reati.

Le pene applicabili sono la reclusione da cinque a dieci anni e un'ammenda da cento a cinquemila euro. Inoltre, «chiunque, in Belgio o all'estero, riceve delle istruzioni o segue una formazione di cui all'articolo 140-quater, al fine di commettere uno dei reati di cui all'articolo 137, a eccezione di quanto previsto all'articolo 137, §3, 6, sarà punito con la reclusione da cinque a dieci anni e un'ammenda da cento a cinquemila euro (art. 140-quinquies).

L'articolo 141 del codice penale punisce chiunque intervenga in supporto, in particolare dal punto di vista finanziario, di un terrorista che agisce isolatamente, ossia al di fuori di un gruppo terroristico. Gli articoli 141-bis e 141-ter contengono delle precisazioni sull'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di reati di terrorismo. Riprendendo quanto previsto dalla decisione quadro del 13 giugno 2002, l'articolo 141-bis esclude dall'ambito d'applicazione degli articoli 137-140 del codice penale l'attività delle forze armate.

L'articolo 141-ter sottolinea l'attaccamento del Belgio alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Questa disposizione precisa che gli articoli del codice penale relativi ai reati di terrorismo non possono essere interpretati come «tendenti a ridurre o ostacolare dei diritti e delle libertà fondamentali come il diritto di sciopero, la libertà di riunione e d'associazione, compreso il diritto di fondare con altri dei sindacati e di affiliarsi per la difesa dei propri interessi, e il diritto di manifestare che ne è un corollario, la libertà d'espressione, e in particolare la libertà della stampa e la libertà d'espressione attraverso altri mezzi di informazione, e tutti i diritti riconosciuti in particolare dagli articoli da 8 a 11 della Convenzione europea dei diritti umani».

2.3. Dal punto di vista procedurale, le persone sospettate di essere gli autori di reati di terrorismo sono sottoposte al diritto comune e si vedono applicare tutte le relative regole procedurali. Questi soggetti godono degli stessi diritti di qualsiasi indagato durante gli interrogatori e le udienze, anche per quanto riguarda la possibilità di presentare dei ricorsi contro le decisioni che vengono rese contro di loro. Tuttavia, in considerazione della natura stessa dei reati di terrorismo, alcuni specifici metodi d'indagine, come le intercettazioni telefoniche o le "indagini proattive", previsti per le infrazioni più gravi, trovano applicazione per le fattispecie dell'articolo 137 del codice penale.

La Procura federale, la cui giurisdizione comprende tutto il territorio nazionale, è competente per le indagini sui reati di terrorismo. In caso di sospetto di atto terroristico o di finanziamento del terrorismo, il codice dell'istruzione penale belga permette il sequestro di beni che sembrano costituire *i)* il corpo del reato o essere serviti o destinati alla sua commissione, *ii)* il frutto della commissione del reato o *iii)* dei vantaggi patrimoniali che risultano direttamente dalla commissione del reato, dei beni o valori che li hanno sostituiti o dei redditi derivanti dal loro investimento.

Come per altre gravi infrazioni, sono previste delle regole per la competenza extra-territoriale in materia di lotta contro il terrorismo. A partire dalla legge del 6 febbraio 2012, l'autore di un reato di terrorismo commesso all'estero può essere incriminato in Belgio, anche quando non si trovi sul territorio nazionale (art. 12 del titolo preliminare del codice di procedura penale).

2.4. Alcune applicazioni concrete:

- un processo per atti di terrorismo è sfociato il 30 settembre 2003 nella condanna da parte del Tribunale penale di Bruxelles di 18 persone per falso e utilizzo di falso, associazione a delinquere, reclutamento a vantaggio di una potenza straniera, costituzione di una milizia privata e ricettazione. La sentenza è stata severa: sono state pronunciate delle pene di reclusione fino a dieci anni contro queste persone, alcune delle quali direttamente coinvolte nell'uccisione del comandante Massoud in Afghanistan e altre nella preparazione di diversi attentati in Belgio;
- il 19 febbraio 2007, la Corte d'appello di Bruxelles si è pronunciata sul caso del Gicm (Gruppo islamico combattente marocchino) sulla base della legge del 19 dicembre 2003 sui reati di terrorismo. In quest'occasione, tre indagati, che

avevano fatto appello contro la sentenza resa il 16 febbraio 2006 dal Tribunale penale di Bruxelles, sono stati condannati per la partecipazione a un gruppo terroristico. Due degli indagati, considerati dalla Corte “dirigenti” del gruppo, sono stati condannati a sette e sei anni di carcere, mentre il terzo ha dovuto scontare una pena di cinque anni come “semplice” partecipante. Secondo la Corte, il Gicm è un gruppo terroristico. Gli indagati sono stati condannati per la loro appartenenza alla cellula belga di questo gruppo. Un ricorso è stato presentato davanti alla Corte europea dei diritti umani alla fine del 2007 da uno dei condannati per violazione dell’articolo 6§1 della Convenzione. La Corte ha considerato che era stato violato il diritto a un giusto processo, poiché al momento della notificazione della sentenza non erano stati indicati i termini per ricorrere.

- il Tribunale penale di Gand ha condannato il 28 febbraio 2006 sette persone, considerate come appartenenti al Dhkp-C, gruppo rivoluzionario turco, con delle pesanti pene di reclusione (da quattro a sei anni) in applicazione della legge sui reati di terrorismo, per quanto riguarda alcuni di loro. Il caso del Dhkp-C ha dato luogo a quattro decisioni di merito e due sentenze della Corte di cassazione. A seguito di queste varie pronunce, il 7 febbraio 2008 gli indagati sono stati assolti dall’accusa di appartenenza a un’organizzazione criminale e terroristica. Questa lunga vicenda ha messo in evidenza le difficoltà legate all’interpretazione della nozione di “gruppo terroristico”.
- Il caso della “filiere kamikaze afghana” riguardava, invece, dieci persone accusate di partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, di cui tre in qualità di dirigenti. Fra loro, una donna è stata condannata il 10 maggio 2010 a otto anni di carcere per aver diretto una filiera terroristica, in particolare intervenendo nella creazione e gestione di un sito di propaganda jihadista e nel finanziamento dei futuri combattenti.

2.5. Per quanto riguarda i particolari metodi di indagine, la legge del 19 dicembre 2003 aggiunge le nuove fattispecie previste agli articoli 137-141 del codice penale alla lista dei reati che possono consentire le intercettazioni telefoniche (art. 90-ter§2 del codice dell’istruzione penale), le indagini proattive (art. 28-bis§2 del codice dell’istruzione penale), l’infiltrazione (art. 47-octies§1 del codice dell’istruzione penale), le osservazioni con degli strumenti che permettano di vedere all’interno delle abitazioni (art. 56-bis, c. 2 del codice dell’istruzione penale), gli interrogatori in forma completamente anonima (art. 86-bis§2 del codice dell’istruzione penale), i controlli con teleca-

mera nascosta (art. 89-ter§1 del codice dell'istruzione penale), la concessione da parte della Commissione di protezione dei testimoni di misure di protezione speciale di un testimone sotto minacce (art. 104§2 del codice dell'istruzione penale).

La legge del 27 dicembre 2005 modifica il codice dell'istruzione penale e il codice giudiziario in vista di migliorare le tecniche investigative nella lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata. Questa legge crea un quadro normativo per certi metodi speciali d'indagine o estende il loro ambito d'applicazione. Con la sentenza n. 105/2007 del 19 luglio 2007, la Corte costituzionale belga ha parzialmente dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa legge per quanto riguarda *i)* le disposizioni relative all'utilizzo di particolari metodi di ricerca nel quadro dell'esecuzione della pena o di misure di privazione della libertà quando la persona si sottrae alla loro esecuzione; *ii)* il fatto di permettere agli informatori di commettere dei reati in particolari circostanze; *iii)* l'obbligo di redigere un rapporto sui particolari metodi di indagine nell'ambito dell'esecuzione della pena o di misure di privazione della libertà. La legge del 4 febbraio 2010 sulla raccolta dei dati da parte dei Servizi d'informazione e di sicurezza prevede una serie di modalità specifiche e eccezionali per la raccolta dei dati.

La legge del 28 gennaio 2016 di modifica del codice penale e del codice dell'istruzione penale ha introdotto le seguenti modifiche:

- Estensione della “mini-istruzione” alle perquisizioni: il procuratore del Re ha quindi la possibilità di richiedere al giudice istruttore una misura particolare senza l'apertura di una vera e propria fase istruttoria;
- Modifica in materia di carcerazione preventiva: dopo tre ordinanze, l'indagato è chiamato a comparire ogni due mesi – e non ogni mese, come previsto precedentemente;
- Aggravamento delle pene: la pena massima è portata a quarant'anni;
- Allungamento della prescrizione;
- Obbligo di motivazione del ricorso in appello;
- Obbligo di motivazione dell'opposizione sulla base della forza maggiore o della “scusante legittima”.

3. I progetti

Un disegno di legge preliminare dell'11 dicembre 2015 relativo a delle misure complementari in materia di lotta contro il terrorismo è stato sottoposto al Consiglio di Stato. Esso prevede:

i) L'estensione della possibilità di effettuare delle perquisizioni e adottare delle misure restrittive della libertà di notte (tra le 21 e le 5) per i reati di terrorismo e quelli commessi da associazioni a delinquere e organizzazioni criminali «quando esistono dei seri indizi che possono essere scoperte delle armi da fuoco, esplosivi, armi nucleari, biologiche o chimiche, ecc.».

Il disegno di legge precisa che esso riguarda i casi di criminalità più gravi.

Il Consiglio di Stato ha richiesto, nel suo parere del 26 gennaio 2016, che queste misure siano specificamente motivate dal giudice istruttore che le autorizza, per segnare la differenza con le perquisizioni e privazioni della libertà diurne e fornire delle garanzie contro l'arbitrio per queste violazioni dei principi di libertà individuale, rispetto della vita privata e familiare, inviolabilità del domicilio e della corrispondenza.

Il Consiglio considera altresì che la nozione di “privazione di libertà”, definita come l'arresto preceduto da un mandato o un ordine, debba essere precisata per garantire che la competenza rimanga alla magistratura giudicante e non a quella inquirente.

Va precisato che le perquisizioni notturne sono già consentite in caso di flagranza di reato (legge del 7 luglio 1969).

ii) L'estensione della possibilità di effettuare le intercettazioni telefoniche in caso di violazione della legislazione sulle armi. Il Consiglio di Stato ha dato il suo assenso perché è previsto un obbligo di motivazione speciale in capo al giudice istruttore.

iii) La riorganizzazione del sistema di trattamento dei dati personali, con la creazione di una nuova banca dati gestita congiuntamente dai ministeri dell'interno e della giustizia.

Il Governo ha, inoltre, annunciato la sua volontà di i) portare da 24 a 72 ore il fermo di polizia per i reati di terrorismo; ii) imporre il braccialetto elettronico per le persone schedate dai Servizi che analizzano la minaccia terroristica, a seguito di una procedura contraddittoria i cui contorni non sono ancora definiti; iii) prevedere l'incarcerazione delle persone “sospette” provenienti dall'estero.

4. I pericoli legati alla legge sulla sicurezza dello Stato

Questa legge del 30 novembre 1998 definisce l'estremismo come «ogni concezione o atteggiamento razzista, xenofobo, anarchico, nazionalista, autoritario o totalitario, che sia di carattere politico, ideologico, confessionale o filosofico, contrario, in teoria o in pratica, ai principi della democrazia o dei diritti umani, al buon funzionamento delle istituzioni democratiche o agli altri fondamenti dello Stato di diritto».

I Servizi di informazione competenti hanno quindi come missione di ricercare e lottare contro le concezioni “anarchiche”, anche di carattere filosofico o politico.

La Repubblica francese sconvolta*

di **Simone Gaboriau**

«I terroristi si nutrono delle paure. Vogliono farci credere che noi dobbiamo scegliere tra libertà e sicurezza. Una democrazia non deve trovarsi di fronte a questa scelta. Uno Stato democratico deve opporsi alla barbarie del terrorismo evitando d'indebolire lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani. Non riuscire a trovare quest'equilibrio sarebbe una vittoria per i terroristi».

Nils Muiznieks, Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa

1. Il terrorismo: attualità, storia, geopolitica e la sfida a una comunità di valori

1.1. La Francia non è l'unico popolo in lutto

Dopo i sanguinosi attentati del 7, 8 e 9 gennaio 2015, che hanno provocato la morte di diciassette persone, quelli del 13 novembre, con cento trenta vittime, rappresentano il più pesante bilancio di morti nella popolazione civile, sul territorio europeo della Francia, da oltre cinquant'anni. Senza contare i numerosi feriti – oltre trecentocinquanta – e i sopravvissuti, gravemente traumatizzati dai terribili momenti che hanno vissuto. Rendere omaggio alla memoria delle vittime serve a sottolineare che, nella comunità di valori- non solo europea, ma universale – nella quale crediamo, è importante che le vittime, in quanto persone, abbiano il loro giusto riconoscimento. Il terrorismo, che negli anni settanta e ottanta trovava non pochi sostenitori o fiancheggiatori,

* Versione scritta del 25 marzo 2016, aggiornata al 4 giugno 2016. Traduzione di Giacomo Roma. Il testo in lingua francese inviato dall'autrice *La république française dans tous ses états*, è consultabile in www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/gaboriau-originale.pdf

è oggi diventato tanto più insopportabile nella misura in cui colpisce i civili, vittime per eccellenza.

E non bisogna dimenticare che non siamo soli. Altri popoli e altri Paesi sono in lutto: Belgio¹, Tunisia, Turchia, Burkina Faso e tanti altri ancora. Dobbiamo allora pensare alla situazione francese inserendola in un contesto di solidarietà globale.

La Francia non è il solo Paese interessato dal fenomeno dei *foreign fighters*, anche se, dopo la Danimarca e il Belgio, sembra essere uno dei Paesi più colpiti: cinque o sei mila europei sarebbero coinvolti, con una significativa presenza in Francia fra i *foreign fighters* di donne (35%) e di convertiti (40%).

Si tratta di un fenomeno preoccupante: è, infatti, unanimemente riconosciuto che tutti questi attentati non sono opera di “lupi solitari”². Sostenuti dalle autorità pubbliche in Francia, come in altri Paesi, sono in atto interventi di “deradicalizzazione”, un tema che meriterebbero uno specifico approfondimento, impossibile da svolgere in questa sede.

1.2. Gli atti di terrorismo non sono una novità nella storia del mondo

Contrariamente alla comune opinione, il terrorismo non è il frutto del malessere del nostro tempo, ma appartiene a una storia antica: «La storia mondiale del terrorismo riguarda il mondo nel suo complesso e non fa distinzioni tra continenti, sfere d’influenza culturali o religiose»³.

Il terrorismo, interno e internazionale, ha avuto origini diverse, nelle quali si trovano tutte le religioni, varie correnti di pensiero, movimenti irredentisti o di resistenza

1 Quando è stata illustrata questa relazione, il Belgio, pur essendo un Paese ad alto rischio terrorismo e obiettivo di minacce molto serie, non era stato colpito dai gravi attentati del 22 marzo 2016.

2 Gli attentati del 22 marzo 2016 che hanno colpito il Belgio, provocando trentun morti e duecento-settanta feriti confermano l’esistenza di un’organizzazione relativamente strutturata. La stessa cellula franco-belga, il cui nucleo fondativo si sarebbe formato più di un anno fa, sembra essere all’origine di queste stragi come di quelle del 13 novembre 2015 in Francia.

3 Henry Laurens, storico, professore al *Collège de France*, in *Terrorisme, histoire et droit*, CNRS éditions, a cura di Henry Laurens e Mireille Delmas-Marty.

all'oppressione o di conquista dell'indipendenza dai colonizzatori. Alcune organizzazioni terroristiche sono state mitizzate, altre messe all'indice. Alcune sono state sconfitte con la forza o con la repressione, altre hanno accettato di sedersi al tavolo dei negoziati. Senza dimenticare il "terrorismo di Stato", alla cui origine si trova, in particolare, il "Terrore" della Rivoluzione francese, ripreso dalla Rivoluzione russa, e che si ripropone in molte situazioni di "terrore di Stato" che hanno dominato e ancora dominano nel mondo.

1.3. ... e neppure nella storia della Francia

Ricordando solo gli attentati che hanno segnato la storia francese e, in particolare, gli attentati anarchici della fine del XIX secolo⁴ e dell'inizio del XX, dobbiamo constatare che la Francia non è mai stata risparmiata dal terrorismo.

L'attentato con più vittime sul territorio europeo prima dei tragici eventi del 13 novembre è stato quello dell'Oas (*Organisation de l'armée secrète*) del 18 giugno 1961, che provocò ventiquattro morti e centosettanta feriti. All'epoca ad agire erano francesi, fra i quali alti ufficiali dell'esercito, che tentavano di ostacolare attraverso il terrorismo il cammino dell'Algeria verso l'indipendenza. A partire dal 1974, si contano, tragicamente, circa cento persone uccise in attentati terroristici, oltre a numerosi feriti.

1.4. Un terrorismo diventato globale

Gli attentati dell'11 settembre 2001 hanno dimostrato che dobbiamo far fronte, sempre di più, a un terrorismo globale, che si serve degli strumenti della globalizzazione tecnologica e finanziaria per collegare i terroristi, in gruppo o come singoli, indipendentemente dalla loro collocazione geografica e attraverso l'utilizzo di mezzi di comunicazione sofisticati.

Questa nuova dimensione ha agevolato l'ascesa del terrorismo che si richiama al radicalismo islamico che, allo stato attuale, sarebbe responsabile del maggior numero di

4 Il 24 giugno 1894 Sante Caserio, anarchico, uccise il presidente francese Sadi Carnot. Quest'attentato rappresenta l'apice di una serie di episodi che in Francia hanno visto come protagonisti gli anarchici. Tutta la comunità internazionale si sentì minacciata, poiché la Francia non era l'unico Paese vittima degli attentati.

vittime⁵. Bisogna, però, evitare di interpretare questa situazione come una *manifestazione* dello “scontro di civiltà”: ciò significherebbe cadere nella trappola dei terroristi.

1.5. Il riconoscimento di una comunità universale di valori⁶

Il carattere globale del terrorismo ha più che mai rafforzato la volontà di cooperazione livello internazionale. Ma, dopo il fallimento della Società delle Nazioni, l'Onu fatica a imporla in modo compatibile con il rispetto dei diritti fondamentali, come dimostrato dal sistema delle “liste nere”, censurato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁷.

La “comunità di valori”, fondata sul rispetto dei diritti fondamentali, sembra essere stata tutelata a livello europeo soprattutto attraverso il ruolo svolto dalle giurisdizioni, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nella sentenza *Klass* del 6 settembre 1978, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato: «cosciente del pericolo di indebolire, se non di distruggere, la democrazia con il pretesto di difenderla, la Corte afferma che gli Stati non possono adottare qualsiasi misura che essi giudichino appropriata in nome della lotta contro lo spionaggio e il terrorismo».

Ma, come vedremo, l'evoluzione della situazione francese va verso l'allontanamento da tale comunità di valori, come delineata dalla Cedu, o comunque ne causa l'indebolimento.

5 In questo contesto, prima o dopo la Francia, molti Paesi, europei e non, conoscono o hanno conosciuto ondate di terrorismo che hanno talvolta provocato un gran numero di vittime, come la Spagna nel 2004 (duecento vittime), il Regno Unito nel 2005 (sessanta morti), la Danimarca il 14 febbraio 2015 (tre morti). La Tunisia ha subito tre attentati in meno di un anno: undici giorni dopo gli attentati in Francia un kamikaze ha provocato dodici morti in un autobus della guardia presidenziale; cinque mesi prima, il 26 giugno, trentotto persone erano state uccise su una spiaggia e in un hotel a Sousse; il 18 marzo ventun turisti e un agente di sicurezza avevano perso la vita in un attacco al museo del Bardo di Tunisi. Tutti questi attentati sono stati rivendicati dallo Stato Islamico. Va però notato che altre forme di terrorismo, non di matrice islamista, continuano a colpire, come dimostra la strage realizzata da Anders Behring Breivik in Norvegia nel 2011, che è costata la vita a settantasette persone.

6 Espressione utilizzata da Mireille Delmas-Marty in *Terrorisme, histoire et droit*, op. cit.

7 Sentenza *Kadi e Al Barakaat* del 3 settembre 2008.

2. L'attuale situazione francese: dove sono finiti i nostri valori?

2.1. L'arretramento dei valori

La Francia, che sostiene di essere sotto attacco a causa dei valori di libertà che caratterizzano il suo stile di vita e che sono legati ai principi fondamentali della nostra democrazia non è ora in grado, almeno per quanto riguarda la sua classe dirigente, di riaffermarli con forza.

Anche se è in lutto per le sue vittime, la Francia deve essere in grado di costruire una società libera e rispettosa di ciascuno, e di impegnarsi in un cammino di resilienza, senza sottrarsi a un'approfondita analisi della situazione. Dopo il tempo dell'emozione e del raccoglimento, i crimini che hanno avuto un costo così alto in termini di vite umane richiedono risposte all'altezza della loro gravità. Non può mancare un'analisi critica dell'organizzazione dei Servizi antiterrorismo e di tutti i servizi di sicurezza che, nonostante importanti strumenti giuridici a loro disposizione, non hanno evidentemente avuto la giusta percezione della minaccia terroristica che pesava sulla Francia.

Le decisioni del Governo francese, ampiamente sostenute da tutta la classe politica – salvo alcune eccezioni sia all'interno della stessa maggioranza che dell'opposizione – sono particolarmente inquietanti poiché, in violazione dello Stato di diritto, rimettono in discussione i principi fondamentali della legalità repubblicana e occupano la scena politico-mediatica con proposte di misure inutili e pericolose.

E se l'innegabile gravità dei crimini terroristici può giustificare particolari tecniche d'indagine, le stesse devono essere inserite nell'ambito del controllo giurisdizionale, che ne garantisca la necessità, la proporzionalità e, di conseguenza, l'efficacia.

2.2. La retorica della guerra

Le decisioni del Governo sono, inoltre, sostenute dalla retorica della “guerra” contro Daesh. In realtà, «nello stato di guerra le regole di diritto e, in particolare, i diritti fondamentali vengono gravemente compressi, se non degradati, con il rischio di derive di ogni tipo. Bisogna, quindi, restare vigili: da totale, la guerra potrebbe diventare

totalitaria⁸». Peraltro, l'accettazione della logica della “guerra” comporterebbe il riconoscimento dello *status* di combattenti a individui che devono essere qualificati come delinquenti e il cui comportamento deve essere sanzionato dal diritto penale. Cedere in questo modo alla retorica della guerra equivale a un'ammissione di debolezza di fronte a gruppi criminali ai quali non può essere riconosciuta la “dignità” di belligeranti. È vero che “operazioni di guerra” sono in corso, e dovrebbero essere a loro volta sottoposte a un'approfondita riflessione, ma esse non si svolgono sul nostro territorio e non devono condurre a una generalizzazione a livello globale, che includerebbe anche il territorio nazionale. Farlo vorrebbe dire cadere nella trappola di Daesh.

2.3. La posizione del *Syndicat de la Magistrature*

Il *Syndicat de la Magistrature* rifiuta l'accusa di impotenza che viene rivolta, in malafede, allo Stato di diritto e che conduce a calpestare le garanzie che esso comporta. Nel suo ultimo congresso alla fine di novembre 2015, il *Syndicat de la Magistrature* ha ricordato l'assoluta necessità di lottare contro la criminalità terroristica e di prevenire nuovi attentati, attribuendo mezzi sufficienti agli attori della lotta antiterrorismo e ha insistito sull'importanza del coordinamento tra Servizi di sicurezza, forze di polizia e magistratura per assicurare, nell'ambito dello Stato di diritto, la repressione e la prevenzione dei reati.

2.4. Le critiche diventano sempre più forti, ma restano per ora inascoltate

Accolto favorevolmente nei sondaggi – alle persone intervistate venivano poste delle domande semplicistiche, con possibilità di risposta binarie – quest'approccio è stato, però, progressivamente criticato e rimesso in discussione da una parte significativa della società civile.

Mentre all'inizio si sentiva piuttosto isolato, il *Syndicat de la Magistrature* ha poi trovato dalla sua parte componenti della società civile più sensibili alla tutela dei diritti fondamentali e pronte, nel rifiuto della semplicistica opposizione tra libertà e sicurez-

8 Damien Vandermeersch, magistrato e professore di diritto penale belga, in *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, coll. Magnacarta Bruylant.

za, a interrogarsi lucidamente sui momenti che abbiamo vissuto e che continuiamo a vivere. Si tratta, infatti, di una realtà complessa che bisogna affrontare riflettendo in maniera seria su alcune questioni che nella sua *escalation* repressiva il Governo ha accuratamente evitato di affrontare.

Per il momento, però, l'indirizzo politico del Governo resta immutato, nonostante le numerose critiche provenienti, per esempio, dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa o dalle istituzioni che nel nostro sistema democratico hanno il compito di promuovere i diritti umani e la loro effettività, come il *Défenseur des droits* o la *Commission consultative des droits de l'homme*. Queste istituzioni rischiano di essere soltanto degli alibi!

I meccanismi di controllo delle leggi sono stati sollecitati grazie all'attivismo della società civile, ma il sindacato che è stato svolto, senza essere del tutto assente, è stato di bassa intensità. Va ricordato che il Primo ministro ha esortato, con successo, i parlamentari a non sottoporre al giudizio del Consiglio costituzionale la legge sullo stato d'emergenza, che è stata poi vagliata soltanto grazie allo strumento del rinvio in via incidentale.

3. Breve presentazione delle misure adottate

3.1. Uno stato d'emergenza che non finisce mai: dalla proclamazione alla costituzionalizzazione, passando per la proroga

3.1.1. Cos'è lo stato d'emergenza?

Introdotta da una legge del 3 aprile 1955⁹, quindi prima dell'adozione della Costituzione del 4 ottobre 1958, «lo stato d'emergenza può essere proclamato su tutto o parte del territorio metropolitano o dei dipartimenti d'Oltremare, in caso di pericolo imminente che risulta da gravi minacce all'ordine pubblico, o in caso di

9 Lo stato d'emergenza è già stato proclamato in passato. Applicato in Algeria dopo la promulgazione di questa legge, lo stato d'emergenza è stato prorogato dalla legge del 7 agosto 1955 per sei ulteriori mesi. Successivamente è stato applicato solo tre volte: dopo il ritorno al potere del generale de Gaulle, a seguito degli avvenimenti del 13 maggio 1958, per fronteggiare un eventuale "colpo di mano"; nel 1961, dopo il "putsch dei generali"; nel novembre 2005, due settimane dopo lo scoppio della "rivolta delle *banlieues*". Inoltre, lo stato d'emergenza è stato dichiarato in Nuova Caledonia nel dicembre 1984.

eventi che presentano, per la loro natura o la loro gravità, il carattere di pubblica calamità».

Lo stato d'emergenza viene proclamato con decreto adottato dal Consiglio dei ministri e non può essere prorogato oltre i dodici giorni se non per legge.

La proclamazione dello stato d'emergenza conferisce ai Prefetti il potere di vietare la circolazione delle persone o dei veicoli in luoghi o in orari previsti con ordinanza; istituire con ordinanza zone di protezione o di sicurezza all'interno delle quali la permanenza delle persone è sottoposta a una specifica regolamentazione; stabilire il divieto di dimora in tutto o parte del territorio sotto la loro giurisdizione per quei soggetti che tentano di ostacolare, in qualsiasi maniera, l'azione delle pubbliche autorità.

Il Ministro dell'Interno, per tutto il territorio nazionale, e il Prefetto, per il dipartimento di competenza, possono ordinare la chiusura provvisoria delle sale di spettacolo, rivendite di bevande alcoliche e luoghi di riunione di ogni tipo, nonché vietare, in maniera generalizzata o individuale, qualsiasi riunione che possa provocare o alimentare il disordine.

Lo stato d'emergenza conferisce al Ministro dell'Interno il potere di fissare l'obbligo di dimora per determinati soggetti. Il decreto di proclamazione o la legge di proroga possono conferire alle autorità amministrative il potere di ordinare perquisizioni domiciliari di giorno e di notte. Queste ultime disposizioni sono le più problematiche per quanto riguarda il quadro normativo e le potenziali derive che esse comportano.

Per quanto riguarda l'obbligo di dimora disposto, come si è detto, dal Ministro dell'Interno, esso può riguardare qualsiasi persona «nei confronti della quale esistono serie ragioni di ritenere che il suo comportamento costituisca una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico» (nella precedente versione «la cui attività è pericolosa per la sicurezza e l'ordine pubblico»). La persona interessata può quindi «essere costretta a trovarsi nel luogo d'abitazione indicato dal Ministro dell'Interno e durante la fascia oraria stabilita, nel limite di dodici ore su ventiquattro».

Relativamente alle perquisizioni su ordine del Prefetto, il decreto che proclama lo stato d'emergenza o la legge che lo proroga può, con un'espressa disposizione, conferire all'autorità amministrativa il potere di ordinare perquisizioni in qualsiasi luogo, compreso un domicilio, di giorno e di notte, fatta eccezione – secondo quanto aggiunto dalla legge del 20 novembre 2015 – per quelli riservati all'esercizio di un mandato parlamentare o all'attività professionale di avvocati, magistrati o giornalisti, quando

esistono fondate ragioni di pensare che questo luogo è frequentato da un soggetto il cui comportamento costituisce una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico.

3.1.2. *L'inutilità dello stato d'emergenza*

In realtà, lo stato d'emergenza non è mai servito alla repressione del terrorismo. Un'analisi giuridica approfondita¹⁰ dimostra, al contrario, che questo regime d'eccezione ereditato dalla guerra d'Algeria ha come unico effetto l'aumento dell'arbitrio dei poteri pubblici, con il contestuale indebolimento della capacità dei Servizi di sicurezza di individuare e di prevenire i progetti di attentato. È irragionevole e inefficace impegnare così tanti mezzi nella sorveglianza generalizzata della popolazione. I modesti risultati ottenuti ne sono la migliore prova: su circa 3.300 perquisizioni amministrative, solo in sei casi gli atti sono stati trasmessi alla Procura antiterrorismo¹¹.

Infatti, nel predisporre una repressione alla cieca e incontrollata – poiché, nonostante la loro qualificazione come atti “amministrativi”, queste misure hanno in realtà una natura repressiva – questi strumenti disperdono inutilmente le energie delle forze di polizia che potrebbero essere meglio impiegate nell'accertamento e nella prevenzione di concreti progetti criminali. Potendo riguardare persone sulla base di semplici sospetti o, peggio, della loro appartenenza religiosa (cfr. la posizione del Commissario ai diritti umani riportata infra), essi concorrono direttamente, attraverso un'inutile e arbitraria stigmatizzazione, a quella radicalizzazione che si dice di voler contrastare. In questo modo si contribuisce a preparare il terreno per il terrorismo di domani.

Proclamato con un decreto adottato nella notte tra il 13 e il 14 novembre, confermato da una legge del 20 novembre 2015, che ha irrigidito il testo originario del 3 aprile 1955, lo stato d'emergenza è stato nuovamente prorogato da una legge del 19 febbraio 2016 per un nuovo periodo di tre mesi a partire dal 26 febbraio 2016 (cfr. par. 6.2).

¹⁰ *L'urgence d'en sortir! Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation* (www.syndicat-magistrature.org/-L-urgence-d-en-sortir-4-.html). Il Syndicat de la magistrature ha largamente contribuito alla realizzazione di questo documento, insieme a ricercatori, studenti, attivisti e giuristi.

¹¹ Oltre a ventitré contestazioni per apologia di atti di terrorismo, che traducevano in realtà più un moto di provocazione o di ingiuria da parte degli autori delle affermazioni piuttosto che una reale volontà di incitare terzi a commettere atti terroristici.

L'inserimento dello stato d'emergenza nella Costituzione non è necessario, dal punto di vista tecnico, poiché il Consiglio costituzionale ha ammesso la costituzionalità delle leggi di proroga¹².

Estratti delle considerazioni critiche espresse dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa:

«Tra gli effetti più preoccupanti dell'entrata in vigore dello stato d'emergenza figurano le perquisizioni amministrative realizzate senza autorizzazione preventiva dell'Autorità giudiziaria e l'obbligo di dimora per molte persone che non hanno nulla a che vedere con il terrorismo [...].

Abusi sono stati commessi dalle forze di polizia. In particolare, violente operazioni basate su informazioni errate hanno causato una grande sofferenza sul piano morale e pesanti danni materiali a persone che non avevano nessun legame con il terrorismo.

Le vittime di queste operazioni, che sono in alcuni casi famiglie con bambini, hanno rimedi giurisdizionali molto limitati per contestare le misure di cui sono destinatarie [...].

Molte misure adottate nel quadro dello stato d'emergenza hanno riguardato persone di religione musulmana, o sospettate di esserlo¹³.

Diversi *leader* religiosi e organizzazioni non governative hanno manifestato pubblicamente il profondo malessere che ciò provoca nella popolazione musulmana, che si sente presa di mira e teme di essere assimilata al fanatismo e al terrorismo, in cui non si riconosce. [...]

La coesione sociale è in pericolo.

Questo stato d'eccezione potrebbe presto diventare ordinario. È comprensibile e giustificato che lo Stato si mobiliti per proteggere la sua popolazione di fronte a una minaccia terroristica che rimane reale. Ciononostante, proseguire nella strada tracciata finora non è auspicabile, poiché la proroga illimitata dello stato d'emergenza aggraverebbe la polarizzazione della società e indebo-

12 Il Consiglio costituzionale nella sua sentenza n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985 ha considerato che *«in virtù dell'articolo 34 della Costituzione la legge determina le regole relative alle garanzie fondamentali riconosciute ai cittadini per l'esercizio dei diritti politici; nell'ambito di questa missione, è compito del legislatore conciliare il rispetto delle libertà e la tutela dell'ordine pubblico senza il quale l'esercizio dei diritti politici non potrebbe essere assicurato»* (v. anche la sentenza n. 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016 *infra*).

13 Più di dieci luoghi di culto (moschee e sale di preghiera) sono stati chiusi.

lirebbe lo Stato di diritto. Continuare a dare sempre più potere all'Esecutivo riducendo, al tempo stesso, quello dell'Autorità giudiziaria, rischia di compromettere il sistema di pesi e contrappesi necessario in una democrazia e di condurre a un aumento del numero delle operazioni che costituiscono abusi e minacce alla libertà, senza rendere, al tempo stesso, la Francia più sicura».

3.2. La costituzionalizzazione della revoca della cittadinanza

Quest'iniziativa è stata portata avanti in parallelo con la costituzionalizzazione dello stato d'emergenza (cfr. 6.1).

L'obiettivo di questa proposta è stato così presentato: «Si tratta di consentire l'allontanamento duraturo dal territorio, attraverso l'espulsione, di soggetti la cui pericolosità è testimoniata da una condanna definitiva. Su tale argomento, il Consiglio di Stato ha reso un parere l'11 dicembre 2015, osservando che questo dispositivo risponde a un obiettivo legittimo, che consiste nel sanzionare gli autori di reati così gravi che non meritano più di appartenere alla comunità nazionale» (sic). Durante l'esame da parte dell'*Assemblée nationale*, quest'articolo del disegno di legge costituzionale è stato in larga parte riscritto al fine, da un lato, di eliminare qualsiasi riferimento alla doppia nazionalità e, dall'altro, di estendere la possibilità di revocare la cittadinanza alle persone che sono state condannate per un «reato che costituisce una grave minaccia alla vita della Nazione». Il Senato ha poi reintrodotta, però, la doppia cittadinanza come criterio necessario per consentire la revoca.

Va precisato che questa misura esiste già nel diritto francese¹⁴ e che si tratta di consentirne un'applicazione più estesa, conferendole uno *status* superiore.

Questo indegno progetto suscita in Francia un dibattito con schieramenti che, anche in questo caso, attraversano maggioranza e opposizione e ha portato alle dimis-

14 Articolo 25 del Codice civile: «L'individuo che ha acquisito la cittadinanza francese può, attraverso un decreto adottato dopo il parere vincolante del Consiglio di Stato, vedersela revocare, tranne nel caso in cui la revoca lo renda apolide: 1) se viene condannato per un reato che costituisce una minaccia agli interessi fondamentali della Nazione o per reati di terrorismo; 2) se viene condannato per un reato previsto dal capitolo II del titolo III del libro IV del Codice penale; 3) se viene condannato per essersi sottratto agli obblighi previsti dal Codice del servizio nazionale; 4) se, a vantaggio di uno Stato straniero, ha commesso degli atti incompatibili con la qualità di cittadino francese o lesivi degli interessi della Francia».

sioni la ministra della Giustizia Christiane Taubira. Nel libro che ha pubblicato dopo aver lasciato il suo incarico, Christiane Taubira stigmatizza, in primo luogo, «l'inefficienza» della misura e «l'assenza di effetti in termini di dissuasione» e, inoltre, il valore simbolico che assume: «Dobbiamo avere il coraggio di dirlo: un Paese deve essere in grado di gestire i suoi cittadini. Che mondo sarebbe se ogni Paese espellesse i cittadini che considera come indesiderabili? Bisognerebbe immaginare una zona-discard dove raccogliarli» individuando, correttamente, nel rischio di creare apolidi un «sottrarsi alle proprie responsabilità morali e politiche»¹⁵.

3.3. La contaminazione del diritto comune da parte dello stato d'emergenza

Con un disegno di legge di grande importanza il Governo ha voluto trasporre nel diritto comune alcune misure finora riservate allo stato d'emergenza. Questo testo è una delle tre frecce nell'arco securitario del Governo, insieme al progetto di riforma costituzionale e alla proroga dello stato d'emergenza.

Si tratta del disegno di legge per rafforzare la lotta contro la criminalità organizzata, il terrorismo e il loro finanziamento e per migliorare l'efficacia e le garanzie della procedura penale. Il testo ha provocato inquietudini all'interno della magistratura, fino ai più alti gradi (Corte di cassazione, conferenza dei Primi Presidenti) che vi intravedono una marginalizzazione della giustizia, mentre le associazioni di difesa dei diritti umani denunciano una deriva verso lo stato d'emergenza permanente. Il *Syndicat de la Magistrature* ha espresso critiche molto severe¹⁶.

Il disegno di legge crea le premesse per una marginalizzazione dell'Autorità giudiziaria, realizzando così un ulteriore arretramento delle libertà individuali garantite a

15 Christian Taubira continua: «A chi si rivolge e cosa dice il simbolo della revoca della cittadinanza per i francesi di nascita? Non si rivolge certo ai terroristi [...] chi diventa, quindi, il destinatario del messaggio? Coloro che condividono, come unico tratto comune con i colpevoli presi di mira, quello di avere la doppia cittadinanza, nient'altro [...]. È a tutti loro che si rivolge, fosse anche inavvertitamente, questa proclamazione secondo la quale avere la doppia cittadinanza è una condizione sospetta. E una minaccia: quella che coloro che sono ossessionati dalla diffidenza, i maniaci dell'esclusione, gli obnubilati dall'espulsione faranno pesare, e lo fanno già con le loro dichiarazioni paranoiche e complottiste, su coloro che essi considerano semplicemente la quinta colonna».

16 www.syndicat-magistrature.org/Questions-reponses-critiques-du-2443.html

livello costituzionale. Introduce meccanismi amministrativi di natura para-penale (obbligo di dimora o fermo), ossia non sottoposti all'autorizzazione preventiva di un giudice ordinario ma esclusivamente al controllo successivo del giudice amministrativo (per es., fermo di quattro ore dopo un controllo d'identità o controllo amministrativo per i *foreign fighters*).

È previsto un notevole rafforzamento dei poteri della magistratura inquirente, in un momento in cui la Francia sembra incapace di garantire l'indipendenza di quest'ultima rispetto al potere esecutivo¹⁷. La magistratura inquirente ha un ruolo sempre più importante rispetto a quello del giudice istruttore – la cui indipendenza è garantita nell'Ordinamento giudiziario – il cui intervento è già confinato a una piccola quota di procedimenti (3% dei fascicoli).

In virtù di questa legge, il pubblico ministero potrà ricorrere a nuove tecniche d'indagine, come quelle svolte con l'ausilio dei cd. *Imsi catchers*, dispositivi-antenne che captano i dati delle connessioni di telefonia mobile. Avrà anche la possibilità, sottoposta ad alcune condizioni, di richiedere l'intercettazione, la videosorveglianza o il controllo dei dati informatici di un sospettato. Alcuni di questi strumenti erano finora riservati ai giudici istruttori; altri, come gli *Imsi catchers*, sconosciuti in ambito giudiziario.

Persino il Primo presidente della Corte di cassazione ha messo in guardia i deputati contro i nuovi equilibri che questa riforma disegna: costituisce motivo di particolare inquietudine l'apparizione di una coppia «formata dal procuratore e dal giudice delle libertà, che appare come il controllore di un procuratore che tende a sostituirsi al giudice istruttore per molti atti, in particolare per quanto riguarda le perquisizioni»; «questa accoppiata – ha affermato ancora l'alto magistrato – non presenta le stesse garanzie per il cittadino, data la posizione del pubblico ministero nel nostro Paese». Il giudice delle libertà, che non ha, concretamente, un accesso completo al *dossier* e che può essere sollevato dalle sue funzioni con una decisione arbitraria del Presidente del Tribunale, sembra non essere dotato di sufficiente forza per controllare il procuratore.

17 La Cedu ha evidenziato più volte l'assenza di indipendenza dei "magistrati" inquirenti francesi: «La Corte considera che, in ragione del suo ordinamento, la magistratura inquirente in Francia non rispetta l'esigenza di indipendenza nei confronti dell'esecutivo che, secondo una giurisprudenza consolidata, figura, allo stesso modo dell'imparzialità, tra le garanzie proprie della nozione autonoma di "magistrato" ai sensi dell'articolo 5§3 [...]» sentenza di Grande chambre *Medvedyec c/Francia* del 29 marzo 2010; sentenze *Moulin c/Francia* del 23 novembre 2010 e *Vassis c/Francia* del 27 giugno 2013.

Si va, inoltre, verso un'estensione della possibilità per le forze di polizia di utilizzare le armi, creando così una sorta di legittima difesa derogatoria, perché ad appannaggio esclusivo dei rappresentanti dello Stato.

BREVE PRESENTAZIONE DEL SISTEMA GIUDIZIARIO FRANCESE

Il dualismo giurisdizionale

In Francia l'organizzazione della giustizia riflette una storia complessa che ha condotto al dualismo giurisdizionale: la giustizia ordinaria coesiste con la giustizia amministrativa.

Gli aderenti al *Syndicat de la Magistrature* sono esclusivamente giudici ordinari.

La giustizia amministrativa si occupa degli affari che riguardano i pubblici poteri e, in particolare, lo Stato e la pubblica amministrazione. La giustizia ordinaria si occupa di tutti gli altri affari – in ambito civile, commerciale, del lavoro – e assicura l'applicazione del diritto penale.

Al vertice della giustizia amministrativa si trova il *Conseil d'Etat*; di quella ordinaria la *Cour de cassation*.

Nei due ordini operano magistrati diversi, il cui accesso alla magistratura e la cui carriera sono distinti. Una delle differenze essenziali è che, mentre la giustizia ordinaria è menzionata nella Costituzione, la giustizia amministrativa non è prevista.

Lo statuto dei giudici ordinari è disciplinato, nei suoi principi, dalla Costituzione, che proclama l'indipendenza dell'"Autorità giudiziaria". Ciò non significa che ai giudici amministrativi sia negata l'indipendenza, ma essa non è prevista dalla Costituzione. L'indipendenza è infatti garantita dalla consuetudine e riconosciuta dal Consiglio costituzionale come principio costituzionale (sentenza n. 80-119 DC del 22 luglio 1980)¹⁸. Ciononostante, si può ritenere che i giudici amministrativi non abbiano la stessa cultura dei giudici ordinari. Anche se un processo di emancipazione è in corso, nella loro cultura si ritrova una forte aderenza alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, mentre esiste, presso i giudici ordinari, una tradizione di possibile resistenza – se non di "ribellione" – nei confronti della giurisprudenza della Corte di cassazione che a volte conduce a

¹⁸ Una recentissima legge del 20 aprile 2016 relativa alla deontologia e ai diritti e ai doveri dei funzionari prevede che «i membri del Consiglio di Stato e i giudici amministrativi esercitano le loro funzioni in totale indipendenza, dignità, imparzialità, integrità e probità e si comportano in modo da evitare qualsiasi legittimo dubbio a riguardo».

revirements giurisprudenziali. In ogni caso, è certo che la giustizia ordinaria è più “aleatoria” per il potere esecutivo.

È interessante richiamare a questo proposito l’opinione di Antoine Vauchez, direttore di ricerca al Cnrs (*Centre National de la recherche scientifique*) e al *Centre européen de sociologie et de sciences politiques* (Université Paris 1-Sorbonne-Ehess), che mette insieme diversi punti di vista su tale questione nel contesto dello stato d’emergenza: «Lo stato d’emergenza ha collocato il Consiglio di Stato in prima fila nella reazione al terrorismo. Attraverso la dilatazione senza precedenti dei poteri amministrativi e la marginalizzazione del giudice ordinario, è stata affidata al Consiglio di Stato, giudice dell’amministrazione, il delicato compito di far valere e rendere centrale l’esigenza di tutela dei diritti e delle libertà nell’ambito di una politica antiterrorismo di cui è già possibile segnalare le derive. Grazie alla sua posizione all’interno dell’apparato amministrativo, il Consiglio di Stato non sembra oggi in grado di assolvere a questa funzione essenziale¹⁹».

Ciò non vuol dire che la magistratura ordinaria eserciti il suo ruolo senza criticità e che sia al di sopra di ogni sospetto.

Bisogna aggiungere che, in linea generale, il giudice ordinario interviene a monte per autorizzare, mentre il giudice amministrativo interviene a valle per valutare la legalità di una decisione amministrativa. Nell’ambito delle misure proprie dello stato d’emergenza, il giudice amministrativo si pronuncia sulla base di informazioni sul cui sistema di acquisizione non ha poteri di controllo, come per esempio le “informative bianche anonime” preparate dai Servizi d’*intelligence*, che la persona interessata ha sicuramente poche possibilità di contestare.

Quella del dualismo giurisdizionale è una questione complessa, prettamente francese, che è stata riattualizzata dal ruolo assunto dalla giustizia amministrativa nel controllo dello stato d’emergenza.

19 Si veda anche la posizione di Vanessa Codaccioni, ricercatrice in scienze politiche all’Université Paris VIII e autrice di *Justice d’exception. L’Etat face aux crimes politiques et terroristes* (CNRS éditions): «La giustizia amministrativa ha sempre avuto un ruolo chiave nel ricorso all’eccezione. Il Consiglio di Stato deve essere consultato prima di un disegno di legge. Nella storia, il bilancio del Consiglio di Stato è molto magro. Ha legittimato il ricorso all’eccezione durante la guerra d’Algeria, ha dato il suo accordo per lo stato d’emergenza e il conferimento di poteri speciali. Ma si è anche opposto fermamente al potere esecutivo, come dimostra la sentenza Canal del 1962, che ha annullato le condanne a morte di una Corte di giustizia militare voluta da de Gaulle. Il Consiglio ha, quindi, un ruolo complesso. Dopo la sentenza Canal, Jean Foyer, ministro della Giustizia, aveva dichiarato: «La giustizia amministrativa si è spogliata della sua ragione d’esistere, ossia difendere lo Stato. Ha adesso trovato la sua collocazione? Il Consiglio di Stato è l’unico, con il Consiglio costituzionale, a poter limitare gli effetti dell’eccezione, o addirittura ottenerne la cessazione».

L'unità della magistratura

Come in altri Paesi, come il Belgio e l'Italia, la magistratura è un corpo unico, formato da magistratura inquirente e magistratura giudicante. Durante la sua carriera, un magistrato può passare dall'una all'altra funzione. Il Consiglio costituzionale ha affermato che «l'Autorità giudiziaria comprende, al tempo stesso, la magistratura inquirente e la magistratura giudicante» (sentenza n. 93-326DC dell'11 agosto 1993; lo stesso principio si ritrova nella sentenza del 30 luglio 2010 sul fermo di polizia).

La magistratura inquirente in Francia è però sottoposta all'autorità del Ministro della Giustizia. Esiste, quindi, una vera e propria contraddizione tra indipendenza della giustizia e subordinazione della magistratura inquirente. Diverse sentenze della Cedu (in particolare la sentenza Moulin c/Francia del 23 novembre 2010) insistono su questa imperfezione del sistema francese, che è rimasta sino ad oggi immutata. La questione del legame tra magistratura inquirente e potere esecutivo è diventata, in Francia, fonte di accesi dibattiti.

4. Un controllo, costituzionale e amministrativo, a bassa intensità

Appare evidente che sia il controllo esercitato dal giudice costituzionale che quello spettante al giudice amministrativo, pur non essendo del tutto assenti, sono controlli a “bassa intensità”. Gli esempi seguenti ne sono la dimostrazione.

4.1. La Costituzione prevede che i giudici sono garanti della libertà personale

La Costituzione prevede che i giudici ordinari sono garanti della libertà personale e aggiunge che essi assicurano il rispetto del principio secondo il quale «nessuno può essere sottoposto a detenzione arbitraria». Questo principio è il fondamento della competenza esclusiva dei giudici ordinari per ogni decisione che può limitare la libertà personale.

Il Consiglio costituzionale, nell'esercizio del suo ruolo di riparto tra ciò che è di competenza del potere esecutivo – e, quindi, del controllo di legittimità del giudice amministrativo – e ciò che richiede l'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria, ha una concezione sempre più restrittiva della funzione di «garante della libertà personale» propria del giudice ordinario. Ciò deriva, tra l'altro, dalla prossimità dei

membri del Consiglio costituzionale al mondo politico-amministrativo, che ne ha forgiato l'impostazione sin dalla sua creazione. Questa tendenza è testimoniata da diverse sentenze del Consiglio costituzionale riguardanti lo stato d'emergenza.

4.2. L'obbligo di dimora

Nella sentenza n. 2015-527QPC del 22 dicembre 2015 (parafrasando Magritte che aveva intitolato un quadro raffigurante una mela «Questa non è una mela», «Questa non è una violazione della libertà personale») il Consiglio costituzionale si è così pronunciato:

«Considerato che, secondo l'articolo 66 della Costituzione, “Nessuno può essere sottoposto a detenzione arbitraria. – L'Autorità giudiziaria, garante della libertà personale, assicura il rispetto di questo principio nelle condizioni previste dalla legge”; che la libertà personale, la cui tutela è affidata all'Autorità giudiziaria, non deve essere colpita da misure eccessivamente rigorose; che le limitazioni all'esercizio di questa libertà devono essere adeguate, necessarie e proporzionate agli obiettivi perseguiti;

Considerato che, in secondo luogo, quando il Ministro adotta una decisione che comporta l'obbligo di dimora, al destinatario può anche essere imposto di farsi trovare nel luogo di abitazione determinato dal ministro dell'Interno, durante la fascia oraria da lui fissata, nel limite di dodici ore su ventiquattro; che la fascia oraria di reperibilità nel luogo di domicilio nell'ambito dell'obbligo di dimora, di massimo dodici ore, può essere prolungata solo nel caso in cui l'obbligo di dimora sia considerato come una misura di limitazione della libertà personale, pertanto sottoposta alle condizioni previste dall'articolo 66 della Costituzione».

Dodici ore al giorno di privazione della libertà non sarebbero una limitazione della libertà personale!

In concreto, il bilancio del ricorso giurisdizionale ammesso contro questa misura, che potrà certamente evolvere fino alla fine dello stato d'emergenza, ne dimostra la scarsa efficacia: su 392 decisioni adottate, solo 103 sono state contestate, ossia poco più di un quarto. Questi ricorsi hanno condotto a sette sospensioni, una sospensione parziale, quattro riforme e un annullamento della decisione adottata.

4.3. Le perquisizioni amministrative

Nella sentenza n. 2016-536 QPC del 19 febbraio 2016 («Questo è un bilanciamento equilibrato») il Consiglio costituzionale ha ritenuto che «le misure di perquisizio-

ne previste dalla legislazione d'emergenza, che sono di natura amministrativa, anche quando si svolgono all'interno di un domicilio, possono avere come unico scopo la difesa dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati; poiché non riguardano la libertà personale ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione, queste misure non devono essere sottoposte alla direzione e al controllo dell'Autorità giudiziaria; pertanto, la disposizione legislativa che le prevede non può essere considerata illegittima rispetto all'articolo 66 della Costituzione.

La Costituzione non esclude la possibilità per il legislatore di prevedere lo stato d'emergenza; spetta al legislatore, in quest'ambito, assicurare il bilanciamento tra la prevenzione delle violazioni dell'ordine pubblico e il rispetto dei diritti di libertà di tutti coloro che risiedono sul territorio francese; tra questi diritti figura il diritto al rispetto della vita privata e, in particolare, all'inviolabilità del domicilio, garantito dall'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789».

Il giudice costituzionale ricorda, inoltre, che in base all'articolo 16 della Dichiarazione: «"Una società nella quale non è assicurata la tutela dei diritti né è prevista la separazione dei poteri non è dotata di Costituzione"; ne consegue che alle persone interessate deve essere garantito in maniera sostanziale il diritto a un ricorso effettivo davanti a un organo giurisdizionale; - il provvedimento che dispone la perquisizione [...] e le condizioni della sua esecuzione devono essere giustificati e proporzionati ai motivi che hanno fondato la misura, nelle particolari circostanze dello stato d'emergenza; in particolare, lo svolgimento di una perquisizione in un domicilio durante le ore notturne deve essere motivata dall'urgenza o dall'impossibilità di effettuarla di giorno; spetta al giudice amministrativo verificare che la misura adottata – che deve essere motivata – sia adeguata, necessaria e proporzionata alle finalità perseguite».

Per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali, il Consiglio costituzionale afferma: «è vero che il ricorso contro il provvedimento che dispone la perquisizione può essere presentato solo dopo l'esecuzione della stessa; va però altresì considerato che i destinatari della misura possono iniziare un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato e non sono, quindi, privi di strumenti per agire in giudizio; tali rimedi giurisdizionali permettono di controllare l'applicazione della misura in modo appropriato, in considerazione delle particolari circostanze che hanno condotto alla dichiarazione dello stato d'emergenza»; tenuto conto del fatto che «intervengono nell'ambito di poteri eccezionali i cui effetti devono essere limitati nel tempo e nello spazio e che permettono di prevenire il pericolo imminente o le conseguenze di una pubblica calamità di fronte alla quale si trova il Paese, le misure considerate operano un bilanciamento che non è affetto da

manifesta irragionevolezza tra le esigenze dell'articolo 2 della Dichiarazione del 1789 e l'obiettivo di valore costituzionale di tutela dell'ordine pubblico». Il Consiglio costituzionale ha dunque ritenuto che anche le esigenze dell'articolo 16 della Dichiarazione del 1789 sono opportunamente garantite e si è limitato a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che prevedevano il sequestro di dati informatici, per assenza di sufficienti garanzie procedurali.

5. I dodici punti deboli della politica francese

- Una svolta inquietante nella concezione della nostra legge fondamentale. «Una Costituzione è la garanzia della libertà di un popolo» diceva Benjamin Constant. Per la prima volta dal 1958, la revisione costituzionale di cui si discute è concepita non per limitare il potere, ma come uno strumento per permettere al potere di mettere in discussione in maniera sempre più significativa le libertà fondamentali.
- Si preferisce in linea generale, la reazione immediata alla riflessione e al dibattito. Le leggi vengono approvate dal Parlamento in maniera precipitosa.
- Un'occupazione dello spazio politico-mediatico con dibattiti che non consentono ai cittadini di coltivare un pensiero approfondito, ma che, al contrario, consentono loro, in un contesto di crescita della capacità d'attrazione del *Front national*, di lasciarsi andare a derive nazionaliste, xenofobe o islamofobe²⁰.
- L'assenza di consapevolezza, se non l'assoluta ignoranza, del costo dello "stato d'emergenza permanente":
 - a. perdita d'efficacia nella lotta contro il fenomeno criminale che si vuole combattere, in particolare per la polizia costretta a concentrare i suoi sforzi su misure poco o per niente utili, invece di dedicarli a misure che potrebbero rivelarsi appropriate;
 - b. indebolimento della legittimità del potere a causa dell'indebolimento dell'equilibrio tra poteri, caratterizzato, in particolare, da un attacco al potere giudiziario;

²⁰ Il numero di atti contro i musulmani è ampiamente aumentato nell'arco di un anno (+223% tra il 2014 e il 2015), sia per quanto riguarda le minacce (+291%), sia per le azioni effettivamente portate a termine (+125%).

- c. costo per la coesione sociale, poiché una parte della popolazione musulmana si considera l'obiettivo principale delle misure adottate. E invece la politica dovrebbe permettere la convivenza all'interno di una comunità nazionale²¹!
- La mancanza di volontà di analizzare criticamente l'organizzazione dei Servizi antiterrorismo e di tutti gli apparati di sicurezza.
 - L'accentuazione del declino del diritto, qualificato come "miope giuridicismo", a vantaggio di una "gestione" della crisi dall'apparato di amministrazione e polizia.
 - Una crescente marginalizzazione della giurisdizione, con la polizia che prende le redini dell'iniziativa e degli interventi nell'ambito delle misure previste, con un semplice controllo a posteriori e di bassa intensità del giudice amministrativo, intraprendendo in tal modo un pericoloso percorso di separazione dalla giurisdizione ordinaria.
 - Una forte supremazia della "situazione eccezionale" che sovrasta in modo netto il diritto comune.
 - L'onnipresente retorica della guerra.
 - Un approccio a tutta la situazione attuale dominato dalla paura in luogo della resilienza. La strategia di Daesh ha lo specifico obiettivo di puntare sull'assenza di capacità di resilienza delle società quando ci si trova in pericolo.
 - L'assenza di volontà di affrontare la complessità della situazione²², quando in-

21 Quest'obiettivo essenziale è tanto più importante poiché, come sottolineato da uno dei numerosi ricercatori francesi che si sono interessati all'argomento, Gilles Kepel, la strategia di Daesh sembra essere quella di provocare la "guerra civile" in Europa. In quest'ottica, gli attentati del 13 novembre 2015 sono stati un clamoroso errore da parte di Daesh, poiché, nonostante alcune fragilità, il sentimento di unità nazionale risulta oggi fortemente rafforzato.

22 «*Ne ho abbastanza di coloro che cercano in continuazione delle scuse o delle spiegazioni culturali o sociologiche rispetto a ciò che è successo*» aveva dichiarato il Primo ministro in Senato, due settimane dopo gli attacchi di novembre 2015. Il 9 gennaio, durante un omaggio alle vittime dell'assalto all'Hyper Cacher, aveva ribadito: «*Non può esserci nessuna valida spiegazione. Perché spiegare, vuole già dire voler un po' giustificare*». Queste ripetute prese di posizione avevano suscitato vivaci reazioni nella comunità scientifica,

vece conoscere le cause di una minaccia è la prima condizione per riuscire a proteggersi.

- L'assenza di una reale volontà da parte delle istituzioni di uno Stato laico – componente identitaria della democrazia francese – di affiancare e rispettare una situazione di pluralismo religioso, che comprende l'Islam al pari delle altre religioni.

6. Costituzionalizzazione: finale di partita, ma rimane l'indebolimento delle garanzie dello Stato di diritto

6.1. Un'amara vittoria: la rinuncia alla costituzionalizzazione dello stato d'emergenza e della revoca della cittadinanza

Dopo quattro mesi di inutili dibattiti, che hanno inquinato l'opinione pubblica con prese di posizione semplicistiche e senza una riflessione approfondita, il 30 marzo il Presidente della Repubblica ha rinunciato a proseguire il processo di costituzionalizzazione di cui supra (3.1 e 3.2), pur avendolo auspicato all'indomani degli attentati del 13 novembre.

Ciò non è però avvenuto grazie alla mobilitazione alla quale il *Syndicat de la Magistrature* ha attivamente partecipato, ma per mancanza di una condizione necessaria per qualsiasi riforma costituzionale: le due Camere che compongono il Parlamento (*Assemblée nationale* e Senato) non sono arrivate ad approvare la stessa versione del testo. Infatti, mentre si sarebbe potuto raggiungere un accordo sulla costituzionalizzazione dello stato d'emergenza, sulla revoca della cittadinanza è stato impossibile arrivare a una sintesi tra la maggioranza dell'*Assemblée* (che appoggia il Presidente Hollande, con alcuni distinguo), contraria a condizionare la revoca al requisito della doppia cittadinanza, e quella del Senato (l'opposizione di destra), ferma sul suo testo in cui tale condizione era prevista (un compromesso si sarebbe potuto raggiungere prevedendo unicamente per i reati più gravi la revoca per coloro che hanno la sola cittadinanza francese). L'opposizione, che ha la maggioranza in Senato, non ha neanche voluto una revisione costituzionale soltanto per lo stato d'emergenza.

abituata a lavorare sul lungo periodo. Non per "giustificare", ma per "capire" e dare un contributo alla prevenzione di nuovi atti terroristici.

6.2. Quando lo stato d'emergenza si normalizza, lo Stato di diritto si indebolisce: nuova proroga dello stato d'emergenza e adozione della riforma penale post-attentati

Una terza proroga dello stato d'emergenza fino al 26 luglio 2016 è stata adottata da un'ampia maggioranza, senza un vero dibattito, in maniera un po' fatalista, in nome della sicurezza degli Europei di calcio e del Tour de France.

Allo stesso modo, la legge di riforma del diritto penale e sulla lotta al terrorismo (cfr. 3.3 *supra*) è stata adottata con una maggioranza schiacciante. Presentata dal Governo come una condizione per uscire dallo stato d'emergenza, quinto testo antiterrorismo del mandato di François Hollande, questa legge, come già evidenziato, introduce nel diritto comune meccanismi direttamente ispirati dallo stato d'emergenza.

Andando anche al di là del disegno di legge governativo, le misure adottate – alcune delle quali erano state in passato respinte a più riprese – alimentano un arsenale antiterrorismo molto repressivo e pervasivo che inquieta anche gli organismi delle Nazioni unite²³: carcerazione a vita senza possibilità di uscita anticipata, sorveglianza e perquisizioni sistematiche dei detenuti, con estensione delle possibilità di far spogliare completamente il detenuto, inserimento dell'amministrazione penitenziaria all'interno degli apparati di sicurezza, con la previsione di poteri esorbitanti, ampliamento delle possibilità di controllo dei sistemi informatici senza adeguate garanzie, creazione del reato di consultazione abituale di siti che fanno apologia del terrorismo, oltre a tutti i meccanismi procedurali descritti e criticati nel paragrafo 3.3.

7. Qualche speranza per il futuro... nonostante tutto

Come notato da Dominique Linhardt, sociologo e direttore di ricerca al Cnrs, a proposito del terrorismo in Germania durante gli anni di piombo, la presa di posizione della società civile perché la lotta contro il terrorismo venga condotta nei limiti dello Stato di diritto può portare frutti molto positivi: le critiche provenienti da questi mo-

23 Alcuni esperti dell'Onu richiamano l'attenzione della Francia sulla garanzia delle libertà fondamentali nella lotta contro il terrorismo: «Garantire una protezione adeguata contro gli abusi quando si ricorre a misure eccezionali e a misure di sorveglianza nell'ambito della lotta contro il terrorismo rientra negli obblighi internazionali dello Stato francese» (www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=36453#.V1Lou748eM8).

vimenti di opinione sono state ascoltate e hanno permesso di rendere i meccanismi antiterrorismo adeguati a ciò che sembrava collettivamente accettabile, conforme allo Stato di diritto e, quindi, legittimo. La società civile ha sicuramente contribuito, in questo modo, alla fine del terrorismo. Non basta certo richiamare questo precedente, ma bisogna trarre ispirazione da questo tipo di movimenti per avviare un'ampia mobilitazione in favore del rispetto dei diritti fondamentali nella lotta contro il terrorismo, rimarcando che, contrariamente a quanto sostenuto da qualcuno, agire in questo modo vuol dire reagire all'impotenza dello Stato.

Un altro segnale incoraggiante permette di continuare a credere nella reale possibilità di una mobilitazione di questo tipo: contro ogni attesa e nonostante un clima molto teso – gli atti di matrice razzista, e in particolare quelli diretti contro la comunità islamica, si sono moltiplicati – i francesi sembrano più tolleranti, stando al rapporto 2015 sul razzismo, l'antisemitismo e la xenofobia diffuso il 2 maggio dalla *Commission nationale consultative des droits de l'homme*²⁴. Lacerati dagli attentati che hanno colpito il Paese a due riprese nel 2015, i francesi sembrano voler superare i pregiudizi, valorizzare l'accettazione dell'altro, esprimendo certamente un bisogno di maggiore sicurezza, ma anche di maggiore fratellanza. Secondo i ricercatori che hanno contribuito a questo rapporto, i fattori che conducono a una maggiore tolleranza e quelli che conducono alla commissione di atti razzisti sono completamente diversi, il che spiega perché la crescita parallela delle due “curve” (di opinioni e di azioni) non costituisce una contraddizione.

Tutti noi dobbiamo mobilitarci, facendo leva in particolare su questo crescente sentimento di tolleranza e sulla capacità di contribuire alla resilienza riguardo al rispetto dei diritti fondamentali.

²⁴ www.cncdh.fr/fr/publications/rapport-annuel-sur-la-lutte-contre-le-racisme-lantisemitisme-et-la-xenophobie

Mettere in discussione le nostre risposte al terrorismo*

di Raoudha Laabidi

Il terrorismo continua a colpire il mio Paese, continua a colpire i vostri Paesi e rischia di colpire qualsiasi Paese del mondo.

La minaccia terroristica mondiale è ormai una realtà e il moltiplicarsi delle misure adottate per contrastarla, a livello nazionale e internazionale, si dimostra insufficiente.

Il problema del terrorismo è stato ampiamente esaminato e studiato, e il risultato delle riflessioni è stato recepito nelle nostre Convenzioni, nelle nostre leggi e nelle nostre strategie.

Tutti noi abbiamo cercato di comprendere questo fenomeno, e ne abbiamo analizzato le origini, le cause e le manifestazioni.

Tutti noi abbiamo studiato i sistemi migliori per prevenire il terrorismo e per sradicare questo male dalle nostre terre, dalla nostra vita, dal nostro mondo.

Abbiamo impiegato mezzi imponenti per porre fine a questo orrore.

Tutti abbiamo già pagato un prezzo troppo alto per questa battaglia: abbiamo pagato con la nostra vita, i nostri figli, la nostra sicurezza, la nostra felicità, i nostri principi e la nostra libertà.

Noi abbiamo chiamato la nostra rivoluzione, la rivoluzione tunisina, rivoluzione dei gelsomini, rivoluzione della dignità, la Primavera araba.

* Traduzione dal francese di Donatella Semproni. Il testo in lingua francese può leggersi in www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/laabidi-originale.pdf

Avevamo appena cominciato ad “assaporare” la democrazia ed eravamo impazienti di promulgare una Costituzione degna della nostra rivoluzione, che tutela le libertà e lo Stato di diritto, quando gli attacchi dei terroristi e i nemici della democrazia hanno iniziato a colpire e ad opprimere la nostra transizione democratica, la nostra democrazia nascente.

Tutto questo ha avuto conseguenze. Anzitutto la legge del 7 agosto 2015, in materia di lotta contro il terrorismo e il riciclaggio di danaro. È una legge concepita ed approvata in un contesto di dolore e di minacce crescenti, a seguito degli attentati terroristici rivendicati dall'organizzazione dello Stato islamico.

La nuova legge antiterrorismo ha aspetti positivi, come il riconoscimento di un *status* giuridico alle vittime, la creazione della Commissione tunisina per la lotta contro il terrorismo, e la creazione di una struttura giudiziaria antiterrorismo.

Tuttavia gli attacchi terroristici hanno aperto la strada al ricatto “sicurezza contro libertà”, e la legge è per diversi aspetti carente in relazione al rispetto dei diritti umani. Secondo i politici, si tratta di previsioni imposte dalle circostanze ma la società civile ha espresso le sue critiche, mettendo in guardia contro le gravi minacce che si profilano per i diritti e le libertà in Tunisia.

Di conseguenza oggi ci troviamo di fronte a un terribile dilemma: l'efficacia della guerra al terrorismo comporta necessariamente il sacrificio dei diritti e delle libertà individuali?

Un dilemma che si ripropone in relazione a diversi aspetti.

1. Una definizione troppo ampia e ambigua del terrorismo che può aprire la strada alla repressione di determinati atti che in base al diritto internazionale non sono di natura terroristica. Semplici manifestazioni che si svolgono in un contesto di disordini potrebbero essere qualificate come atti di terrorismo.
2. La nuova legge prevede la pena di morte, una pena definitiva di inaccettabile crudeltà, anche se la Tunisia mantiene una moratoria di fatto sulle esecuzioni dal 1991.
3. La legge conferisce ai Servizi di informazione e di sicurezza poteri eccezionali che permettono di prolungare la durata del fermo di polizia fino a 15 giorni, senza che la persona sospettata possa comparire davanti a un giudice e senza

che le sia concessa la possibilità di comunicare con l'avvocato. Tale previsione, secondo i difensori dei diritti umani, «aumenta il rischio di maltrattamenti o di pratiche di tortura».

4. La legge autorizza i tribunali a tenere udienze a porte chiuse, senza definire i criteri che debbono essere rispettati affinché si possa procedere escludendo la pubblicità. In tal modo si attribuisce ai giudici un potere discrezionale eccessivo, che rischia di compromettere il diritto a un processo equo e pubblico.
5. La legge conferisce ai giudici ampia discrezionalità anche nel valutare come prova le dichiarazioni di testimoni anonimi, e ciò costituisce una lesione del diritto dell'accusato di esaminare o di far esaminare i testimoni a carico, e di ottenere la comparsa e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.
6. La legge vieta l'apologia del terrorismo, in termini molto ampi che non sono conformi alle disposizioni del diritto internazionale per quanto riguarda la limitazione del diritto alla libertà di espressione. La legge prevede che chi «*fa apologia ed esalta*», in maniera pubblica e esplicita, atti di terrorismo o chi li ha commessi o una organizzazione o una associazione in relazione a reati di terrorismo, o ai suoi membri e alle sue attività, può essere punito con una pena che può giungere fino a cinque anni di reclusione. Questa previsione potrebbe essere utilizzata per limitare in modo ingiustificato anche la libertà di espressione di persone e di organizzazioni che esercitano questo diritto in modo legittimo.
7. La legge conferisce ai Servizi di informazione e di sicurezza poteri eccezionali che permettono loro di ricorrere a tecniche speciali di indagine – in particolare il controllo, l'intercettazione delle comunicazioni, la registrazione delle conversazioni telefoniche e l'infiltrazione nei gruppi sospettati di attività terroristiche – nella misura in cui ottengono l'autorizzazione preventiva di un magistrato, e per un periodo di tempo non superiore a quattro mesi. Durante l'ultima seduta, il Parlamento ha introdotto una garanzia contro gli abusi, prevedendo per gli agenti dello Stato una pena pari ad un anno di reclusione in caso di attività di controllo o di infiltrazione svolta senza l'autorizzazione di un magistrato.

Benché lo scopo del legislatore tunisino sia la protezione delle persone contro gli attacchi terroristici, è necessario prevedere che questo obiettivo sia perseguito salvaguardando la garanzia di un vero controllo giurisdizionale, reso nel quadro di procedure eque che escludano il ricorso alla pena di morte, e dopo che siano state svolte

indagini complete, imparziali e indipendenti. Qualunque limitazione della libertà di espressione o del diritto alla protezione della vita privata dovrebbe per questo essere autorizzata solo da un'autorità giudiziaria e in un contesto di rispetto assoluto dei principi del diritto internazionale relativi alla legalità, alla legittimità dell'obiettivo perseguito dalla misura restrittiva, e alla proporzionalità di tale misura in relazione all'obiettivo perseguito.

Siamo consapevoli della gravità delle disposizioni normative che testimoniano chiaramente un orientamento volto a sacrificare i diritti umani e civili fondamentali in nome della lotta al terrorismo.

Questi gli interrogativi che si pongono:

1. gli Stati sono capaci di intraprendere una guerra contro il fenomeno transnazionale del terrorismo mettendo da parte i principi universali?
2. fino a che punto ci si può spingere nella limitazione delle libertà per preservare la vita dei cittadini contro il terrorismo?
3. lo scopo del terrorismo è forse quello di spingere la democrazia ad autodistruggersi con le proprie armi?

Oggi noi siamo convinti che l'intervento normativo per la lotta contro il terrorismo non debba accontentarsi della repressione ma avere una duplice obiettivo, mirando anzitutto alla prevenzione e, in una fase successiva, alla repressione.

E non bisogna fermarsi alle leggi. È necessario avere una più complessa strategia di lotta contro il terrorismo.

A nostro parere la strategia antiterroristica deve basarsi su quattro elementi: prevenire, proteggere, promuovere, partecipare.

E questa strategia deve essere globale e attuata attraverso strumenti idonei: un Centro che operi a livello globale per gli studi strategici sul terrorismo; un Centro che operi a livello globale per la messa in atto della strategia antiterroristica.

Tutti abbiamo le "nostre" risposte al terrorismo, ma ci siamo preoccupati di metterle in discussione?

La Spagna tra vecchio e nuovo terrorismo?

di *Miguel Carmona*

1. Gli antecedenti

In Spagna la risposta politica e giuridica al terrorismo internazionale è stata condizionata dall'esperienza recente e ancor viva del terrorismo interno e, in particolare, di quello riconducibile all'Eta.

L'Eta è nata nel 1958 dalla scissione del Partito nazionalista basco e ha compiuto la sua prima azione violenta nel 1961, durante la dittatura di Franco. Risale al 1968 il primo attacco mortale attribuito all'Eta.

Il regime ha reagito con gli strumenti tipici della risposta di tipo securitario: poteri alla polizia (senza molte garanzie legali); dichiarazione dello Stato di emergenza, se ritenuto necessario; Tribunali speciali.

Il trattamento penale del dissenso durante il regime di Franco si fondava su due leggi speciali, il cui nome è già sufficientemente esplicativo: la legge per la repressione della massoneria e del comunismo, del 1940, accompagnata dalla creazione di un Tribunale speciale per la sua applicazione, sostituito nel 1963 dal *Tribunal de Orden Público (Top)*; la legge sul banditismo e terrorismo, che veniva applicata dai Tribunali militari e che prevedeva anche la pena di morte. Va ricordato che, a distanza di tempo dalla guerra civile, nel 1963, fu condannato a morte e fucilato Julian Grimau, accusato del solo reato di essere un dirigente del partito comunista.

L'epoca della nascita dell'Eta, la risposta del regime e la sua determinazione a considerare giuridicamente e politicamente tutta l'opposizione in termini di massoneria, comunismo, banditismo e terrorismo, utilizzando le leggi speciali, hanno prodotto un effetto perverso: l'Eta si è "autoqualificata" come patriottica, indipendentista, sociali-

sta e rivoluzionaria ed è stata inizialmente considerata, sia a livello nazionale che internazionale, come una parte dell'opposizione a Franco.

Non sorprende quindi che – quando, nel 1970, cercò di mettere in scena un grande processo contro l'Eta davanti al Tribunale militare della Capitaneria generale di Burgos, concluso con la pronuncia di sei condanne a morte – il regime dovette confrontarsi con un ampio movimento di protesta, sia nazionale che internazionale (con l'intervento anche di Papa Montini), di fronte al quale fu costretto a concedere la grazia ai condannati alla pena capitale.

Questa immagine dell'Eta come movimento politico e militare di opposizione al regime franchista raggiunse l'apice nel 1973 quando fu ucciso, con un'azione spettacolare, l'ammiraglio Carrero Blanco, presidente del Governo e delfino politico di Franco.

La transizione politica, iniziata nel 1977 dopo la morte del dittatore, portava con sé la speranza di porre fine all'azione dell'Eta. Tra i primi provvedimenti adottati a seguito delle elezioni generali del 1977 si segnala, per il rilievo non solo giuridico ma soprattutto politico, la promulgazione di un'amnistia generale che comprendeva tutti i tipi di reati di carattere politico, comprese le condanne per il terrorismo.

Tuttavia, né la scomparsa di Franco e dell'intero sistema giuridico di repressione adottato dal suo regime, né la transizione democratica e la legalizzazione di tutti i partiti politici e la conseguente amnistia generale, né la Costituzione democratica e la volontà degli spagnoli di superare il periodo precedente portarono alla scomparsa dell'Eta. Al contrario, i capi dell'organizzazione pensarono che una intensificazione dell'attività terroristica si sarebbe tradotta in una destabilizzazione del sistema democratico, a beneficio della politica autonomista, e i primi anni della democrazia spagnola sono stati segnati dagli attentati più gravi dell'Eta.

L'Eta è responsabile della morte di 829 persone. Gli anni più sanguinosi sono stati il 1978 (con 65 omicidi), il 1979 (con 86 omicidi) e, soprattutto, il 1980 (con 99 omicidi). Dal 1980 al 1987 ci fu una media di 40 attacchi mortali ogni anno, superata nel 1991 (con 46 omicidi). Vittime non erano più solo i politici, i militari, i poliziotti e le guardie civili ma anche le loro famiglie e non solo: l'ETA ha infatti colpito con attacchi indiscriminati, come nel caso dell'autobomba fatta scoppiare nel parcheggio di un ipermercato di Barcellona, nel 1987, il cui bilancio fu di 21 morti e di 45 feriti.

Tutto questo ha prodotto un clima di pressione sui governi democratici, che è stato sfruttato dalla destra politica. Prima dai movimenti di estrema destra, ma alla fine, ed

ancora oggi, dal *Partido popular* (Pp), che ha fatto sua la bandiera dell'antiterrorismo e della difesa, con una "strumentalizzazione" delle vittime.

La persistenza degli attentati dell'Eta e il suo impatto sulla società spagnola hanno condizionato in parte la vita politica e la risposta legislativa, sia penale sostanziale che processuale, al terrorismo, anche con riferimento al sistema penitenziario, tanto che le riforme politiche e legislative garantiste e di liberalizzazione si sono confrontate con proposte politiche e mediatiche per l'inasprimento del sistema penale e la restrizione delle garanzie processuali. Non va dimenticato, infine, che il terrorismo dell'Eta è stato utilizzato come principale giustificazione al tentato colpo di Stato del 1981.

È facile capire come questa pressione politica sia aumentata dopo il 1982, con la vittoria elettorale che ha dato inizio ai 14 anni di governo del Partito socialista (Psoe).

I governi successivi hanno cercato di affrontare il fenomeno autonomista/terroristico dell'Eta con misure politiche, con una maggiore efficienza dell'apparato investigativo della polizia e con misure legislative.

Si è caduti però nella tentazione di cercare di contrastare il terrorismo dell'Eta con la creazione del Gruppo antiterrorismo della liberazione (Gal), che nascondeva con difficoltà la realtà del suo operato. Quella del Gal fu una "guerra sporca" che ha portato ad attacchi contro presunti membri dell'Eta (anche con qualche errore madornale) e a torture comprovate. Forte è stata, per fortuna, la reazione politica e giudiziaria all'operato del Gal, che ha portato alla condanna e alla detenzione dei responsabili in posizione di rilievo come il Ministro degli interni, il Segretario generale della sicurezza dello Stato, un generale della *Guardia civil*.

A livello giuridico, la previsione delle fattispecie penali e delle sanzioni per il terrorismo è stata oggetto di leggi speciali. Fra queste va segnalata la Legge Organica n. 8/1984, contro le attività delle bande armate e gli elementi terroristici che, insieme all'inasprimento delle sanzioni e all'extraterritorialità della giurisdizione spagnola per perseguire il terrorismo, prevede come reato la collaborazione e il sostegno alla banda armata, e introduce un regime procedurale speciale. Tale regime si traduce nella possibilità per la polizia di effettuare perquisizioni senza un mandato, prevede una durata del fermo di polizia estesa ad un massimo di 10 giorni, sia pure con la comunicazione al giudice, e consente la detenzione in isolamento per lo stesso periodo. La legge stabilisce anche come regola la detenzione preventiva durante il processo e la chiusura di stabilimenti, di attività e di mezzi di informazione, e lo scioglimento delle associazioni.

Questo era, in sostanza, il sistema quando è stato promulgato nel 1995 il nuovo codice penale, la cui struttura segue a grandi linee i parametri più comuni nella criminalizzazione e nella punizione di attività terroristiche, con il definitivo superamento del sistema delle leggi speciali.

Data la difficoltà di trovare una definizione dottrinale accettata a livello internazionale del terrorismo, il reato base di appartenenza a un'organizzazione terroristica, come un tipo specifico di organizzazione criminale (artt. 515 e 516), è definito da un elemento oggettivo, l'organizzazione e lo scopo specifico: sovvertire l'ordine costituzionale o compromettere seriamente la pace pubblica. Questo reato base, di appartenenza ad una banda armata o ad un gruppo terroristico, è punibile in concorso con gli specifici atti commessi (come omicidio, devastazione, danneggiamento, minacce) (artt. 571 e segg.).

Ma se la legge penale spagnola non era sotto questo aspetto molto diversa da quelle di altri Paesi vicini (anche se è stata criticata una certa ambiguità nella definizione di terrorismo), quello che presenta alcuni discussi caratteri di specialità è il trattamento procedurale, in particolare per quanto riguarda la possibilità di detenzione in “*incomunicado*”.

Il testo originale della Legge di procedura penale, dal 1882, prevedeva che il giudice potesse avallare l'isolamento del detenuto per il tempo necessario, senza porre limiti, anche se si raccomandava una durata massima di cinque giorni.

Nel 1983 si è estesa la previsione dell'isolamento anche al fermo di polizia. Si consideri che, come abbiamo visto, la detenzione e la detenzione in isolamento per reati di terrorismo erano disciplinate da una legge speciale.

Il regime di isolamento e le accuse persistenti di tortura da parte dei membri dell'Eta arrestati (anche se, secondo alcuni autorevoli rapporti, redatti sulla base di documenti sequestrati all'Eta, la denuncia sistematica della tortura è anche parte della strategia di difesa dell'organizzazione) hanno provocato forti critiche alla legislazione che consente la detenzione in “*incommunicado*” da parte delle organizzazioni di difesa dei diritti umani, spagnole e internazionali, e da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto le garanzie di legge non sufficienti a prevenire la possibilità di torture.

In effetti, una visita nel 2003 di Theo van Boven, *special rapporteur* delle Nazioni Unite sulla tortura, si è conclusa con un rapporto estremamente critico che evidenziava che i maltrattamenti non erano certo una pratica regolare ma neppure fatti sporadici

o incidentali, e che i meccanismi di indagine erano spesso inefficaci per varie ragioni. Le raccomandazioni formulate includevano l'abolizione della detenzione in "*incomunicado*", la creazione di un piano globale per prevenire la tortura, l'accelerazione delle indagini sui maltrattamenti e la ratifica del Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Tutto questo ha determinato una modifica legislativa nel 2003 con la quale, da un lato i suddetti cinque giorni di isolamento sono stabiliti come limite legale (anche se in casi di terrorismo o di criminalità organizzata si permette l'estensione per altri cinque giorni, a condizione che sia indispensabile per le indagini) e, dall'altro, si dispone che il detenuto sia sottoposto a visita medica due volte al giorno e, se richiesto, anche da parte di un secondo medico, e che nel rendere dichiarazioni le persone detenute siano assistite da un avvocato, anche se d'ufficio.

I successivi *special rapporteurs* contro la tortura hanno anche raccomandato l'uso di mezzi audiovisivi per documentare le condizioni di detenzione in isolamento. La registrazione, inclusa nel cosiddetto "protocollo di Garzón" (dal nome del giudice che l'ha per primo disposta), è ordinata oggi regolarmente dai giudici istruttori centrali, con qualche eccezione.

Infine, per terminare questo capitolo sul quadro giuridico di risposta al terrorismo interno, fissato dopo la transizione democratica, e in gran parte ancora in vigore, va precisato che i condannati per atti terroristici possono essere sottoposti ad un trattamento carcerario differenziato. Devo però rilevare che la situazione di fatto dei prigionieri dell'Eta è stata e rimane in parte determinata da decisioni politiche dell'amministrazione carceraria, anche se certamente trovano un riferimento nella legislazione.

Queste decisioni comportano in particolare la dislocazione dei prigionieri dell'Eta in diversi istituti di detenzione spagnoli, in zone lontane dai Paesi Baschi.

2. Il momento attuale

Passiamo all'oggi. La prima domanda che ci poniamo è: che cosa è cambiato?

Il primo cambiamento, in modo molto significativo, si è verificato in relazione a ciò che era divenuta la nostra emergenza costante: l'Eta.

Malgrado sia rimasto il già citato utilizzo del reato di terrorismo, per scopi politici elettorali e di partito, si è perseguita, infatti, una politica di consenso antiterrorista,

anche con il nazionalismo basco non collegato all'Eta, conclusa con la firma di un patto anti-terrorismo. Frutto di questo patto è la continuità di alcune politiche e la messa al bando dei partiti legati all'Eta, convalidata sia dalla Corte costituzionale spagnola che dalla Cedu in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea.

Ma il cambiamento fondamentale si è verificato nella società spagnola e nella società basca e nel loro atteggiamento nei confronti della violenza dell'Eta. Per un lungo periodo dopo la transizione democratica il sostegno elettorale per le formazioni politiche vicine all'Eta si era fermato a circa il 16% dell'elettorato basco. L'esistenza stessa dell'Eta e il suo ambiente sociale limitato ma molto attivo segnavano in un modo determinante la vita politica e sociale e lo stesso atteggiamento verso il terrorismo della società basca è *stato al* centro del dibattito politico.

Oggi, frutto senza dubbio dalla stessa irrazionalità dei progetti dell'Eta e anche del diverso contesto interno e internazionale, delle misure messe in campo dalla politica, dell'efficacia dell'azione delle forze dell'ordine, della cooperazione internazionale, in particolare con la Francia, ed anche della stanchezza della cittadinanza, il clima sociale nei confronti dell'Eta è cambiato drasticamente. La società basca si è liberata dal giogo posto dalla minaccia terroristica dell'Eta e dalle costrizioni sociali dell'ambiente di riferimento, e così il supporto per l'Eta si è ridotto in modo molto significativo e questo è stato, a mio parere, insieme alla sconfitta sul piano dell'organizzazione, il primo fattore fondamentale e decisivo per la tregua e per la successiva sospensione unilaterale delle attività dichiarata da un'Eta già fortemente indebolita.

Il cambiamento più evidente si è però verificato con l'emergere di un fenomeno nuovo e finora completamente sconosciuto in Spagna: il terrorismo islamico internazionale.

Nel 2003 ho condotto uno studio su quello che ho chiamato "l'impatto giuridico di 11-S". Esaminavo i cambiamenti giuridici che si erano verificati prima negli Stati Uniti, ma anche nei Paesi europei, in risposta agli attacchi dell'11 settembre 2001. Rilevavo che l'impatto emotivo di queste azioni aveva portato all'accettazione di misure legislative di eccezione sempre poste nella stessa direzione: l'antiterrorismo era diventato una specie di mantra riassunto in un linguaggio bellicoso ("guerra al terrore"), con il quale si sono giustificate riforme restrittive dei diritti che in un altro contesto sarebbero state impensabili.

Tuttavia, questo effetto legislativo non si è verificato in Spagna nei primi anni. Probabilmente perché la dolorosa esperienza del terrorismo interno aveva portato già ad una "forte" legislazione penale e procedurale anti-terrorista.

Anche l'esordio clamoroso del terrorismo islamista in Spagna, con le bombe di Atocha dell'11 marzo 2004, che causarono 208 morti, non produsse nel primo momento un clima favorevole a misure legali restrittive diverse da quelle già esistenti.

La risposta giuridica e popolare agli attacchi del marzo 2004 furono un'indagine di polizia e un processo rapido e pubblico dei responsabili che può essere descritto come esemplare del punto di vista giuridico, e un atteggiamento altrettanto esemplare fu quello dei cittadini (ad eccezione di gruppi di stampa recalcitranti). In Spagna non ci sono stati episodi significativi di "chiusura" e anche qualche agenzia delle Nazioni Unite ha parlato della Spagna come di un esempio positivo di integrazione.

Tuttavia, la Spagna non è stata in grado di prevenire gli attacchi di questo nuovo fenomeno terroristico. Per posizione geografica e legami politici, storia e popolazione, era inevitabile il coinvolgimento del nostro Paese.

Non si sono verificati, è vero, nuovi attacchi dopo la strage di Atocha del 2004. Ma non si può dimenticare che alcuni degli incontri dei responsabili degli attacchi alle Torri Gemelle sono avvenuti in Spagna, che cittadini spagnoli hanno avuto qualche ruolo nella organizzazione della rete di al-Qaeda, che ci sono stati prigionieri spagnoli a Guantanamo e che qualsiasi propaganda del fondamentalismo islamico si riferisce alla riconquista di "al Andalus". E che, e non potrebbe essere altrimenti, ci sono spagnoli in Siria e in Iraq nei ranghi di Daesh¹, il cui eventuale ritorno è un potenziale pericolo.

In Spagna sono state arrestate diverse persone e sono stati identificati gruppi con legami con al-Qaeda, con il salafismo o, di recente, con Daesh, per reati di raccolta di fondi, di trasferimento di "combattenti" e per altre attività di supporto.

Di conseguenza, la Spagna partecipa attivamente a tutte le strutture internazionali, siano esse politiche, giuridiche, di polizia e/o *intelligence*, che nel quadro europeo e in quello delle Nazioni Unite stanno cercando di far fronte a questo nuovo fenomeno. La Spagna ha anche firmato e ratificato tutte le Convenzioni internazionali ed europee contro il terrorismo e il suo finanziamento.

Ma in questo allineamento della Spagna agli altri Paesi del nostro contesto geografico e politico, ciò che non è cambiato è lo sfruttamento a scopi elettorali della lotta al

1 Dopo il seminario di Pisa sul terrorismo (11-12 marzo 2016), dove ho tenuto questa relazione, la stampa spagnola ha riportato la notizia che indica un cittadino spagnolo di origine siriana, Mustafa Setmariam, o Mussad Abu As- Suri, come capo militare di Daesh.

terrorismo da parte di coloro che cercano di farne una bandiera, con la pretesa di presentare gli avversari, in particolare quelli di sinistra, come tiepidi, se non compiacenti con il fenomeno terroristico.

Tuttavia, nonostante la Spagna abbia già una legislazione sufficientemente rigorosa, la nuova minaccia terroristica, che probabilmente richiama alla memoria il ricordo degli anni duri dell'Eta, ha finito per provocare una serie di riforme legislative per “rafforzare” la lotta contro il terrorismo.

Il cambiamento più importante è stato introdotto dalla legge organica n. 5/2010. È stato modificato il sistema precedente e introdotto un capitolo specifico sotto la rubrica di “reati di terrorismo”. In esso, seguendo la decisione quadro 2008/919/GAI, si prevede l'esistenza di nuove forme di terrorismo, finora sconosciute, formate da piccoli gruppi autonomi, e dunque la definizione e la punizione dei gruppi terroristici è equiparata a quella delle organizzazioni terroristiche più stabili.

Per quanto riguarda la struttura della normativa, si sono raggruppati nello stesso capitolo l'appartenenza a gruppi o organizzazioni e la realizzazione di atti terroristici. Il concetto di collaborazione con un'organizzazione terroristica o di un gruppo, comprende comportamenti quali il reclutamento, l'indottrinamento, la formazione o l'addestramento a fini terroristici e la distribuzione al pubblico o la diffusione di messaggi o *slogan* di queste organizzazioni o gruppi.

Forse l'innovazione più importante è l'introduzione della misura della libertà vigilata dopo l'esecuzione della pena. Questa misura è inflitta nella sentenza ed è eseguita dopo la fine del periodo di detenzione, e verrà applicata in funzione della prognosi di rischio in quel momento. La durata è fissata per un periodo compreso tra cinque e dieci anni, con revisioni annuali.

Infine, il sistema carcerario è stato inasprito prevedendo requisiti più rigorosi e lunghi periodi di detenzione effettiva prima di consentire una qualche progressione nel “grado penitenziario” o un inquadramento nel terzo grado (regime aperto o semiaperto) o per la liberazione anticipata o condizionale.

L'ultima riforma si deve alla recente legge organica n. 2/2015. Nel preambolo è richiamata, come giustificazione alla riforma, la Risoluzione 2178 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che parla dei nuovi mezzi utilizzati dalle organizzazioni terroristiche come l'uso di internet e dei social network, dei terroristi suicidi e dei cittadini europei radicalizzati che si spostano nei vari Paesi per combattere. Per tutte queste forme di terrorismo, diverse dall'esperienza conosciuta finora in Spagna che compren-

deva soltanto bande terroristiche coese e organizzate, si prevedono quindi nuove forme penali come la “definizione” del fenomeno del terrorismo individuale.

Ma accanto a queste modifiche tecniche o alla introduzione di norme penali per le nuove forme di terrorismo, riemerge l’inasprimento della risposta agli atti criminali con l’introduzione di una nuova pena: l’ergastolo per atti terroristici che provocano la morte di una o più persone. Questa pena può essere sottoposta a revisione dopo quindici o venti anni di carcere. Devo aggiungere che la previsione di questa nuova pena è stata fortemente criticata in quanto in contrasto con la finalità essenziale di reinserimento sociale e di riabilitazione prevista per tutte le pene dall’articolo 25.2 della Costituzione.

3. Alcune riflessioni conclusive

In conclusione, mi permetto di avanzare alcune riflessioni.

Ciò che non può essere ignorato o minimizzato è il rischio, reale, posto per le nostre società dall’esistenza di organizzazioni disposte a seminare il terrore in maniera indiscriminata per realizzare i loro obiettivi dichiarati. I recenti avvenimenti in Tunisia, Beirut, Ankara, Istanbul o Parigi² non hanno bisogno di essere commentati.

L’intensità e la pervasività della minaccia terroristica richiedono un’intensificazione della cooperazione sia fra gli apparati di polizia sia della cooperazione giudiziaria perché si possa agire in modo coordinato. In questo senso, le analisi più razionali dimostrano il valore aggiunto dello scambio e della condivisione di *intelligence* e di informazioni tra i Paesi, contro la sciocca pretesa secondo la quale, chiudendo le frontiere e guardando al nostro ombelico, saremo tutti più sicuri.

Non dobbiamo permettere che questa minaccia, benché molto concreta, finisca per annientare il nostro sistema di libertà, le garanzie, i diritti fondamentali e le garanzie giurisdizionali volte a far diventare il diritto penale, per questa parte, un insieme di principi incoerenti e non sistematici. O peggio, per condizionare tutto il sistema penale e processuale.

Un importante successo dei movimenti terroristici è già rappresentato dal clima di paura, che sono riusciti a seminare e che ha trasformato in un incubo, ad esempio,

2 Gli attacchi di Bruxelles si sono svolti qualche giorno dopo il convegno di Pisa in cui ho tenuto questa relazione.

i controlli di sicurezza negli aeroporti e l'uso dei mezzi di trasporti collettivi. Non possiamo permettere che, con il pretesto della lotta al terrorismo, si arrivi a condizionare la nostra vita quotidiana e che le nostre società si trasformino in uno Stato di polizia, dominato dall'ansia di innalzare muri e di costruire recinzioni, e di controllare ed ingerirsi in ogni aspetto della vita quotidiana dei cittadini.

La Spagna, alla fine, non si è sottratta alla risposta "sicuritaria" che comporta:

- l'ampliamento delle fattispecie di terrorismo e la criminalizzazione di condotte connesse ma sempre più lontane del nucleo centrale dell'attività terroristica;
- l'inasprimento delle pene e delle misure punitive;
- l'accrescimento di poteri di polizia;
- la restrizione del diritto di difesa, con misure come la persistenza della detenzione in "*incomunicado*".

Ritengo che, malgrado tutto, fino ad oggi l'insieme del sistema penale e di garanzie non sia stato compromesso.

Le occasioni di riflessione comune e di confronto, come quella rappresentata dal convegno di Pisa, ci aiuteranno certamente a trovare il punto di equilibrio necessario per rafforzare sia la nostra sicurezza che le nostre libertà, che in alcun modo possono considerarsi in antitesi.

Il ruolo del diritto e l'impegno dei magistrati*

di *Franco Ippolito*

1. Mi limiterò a brevi considerazioni (non tecniche, ma piuttosto culturali e politiche) che derivano dagli stimoli provenienti da relazioni e interventi svolti nel corso del seminario. Considerazioni che si possono aggettivare come conclusive soltanto perché pronunciate nel momento finale di questo incontro, che ha visto la partecipazione di giuristi, politologi, filosofi, avvocati e magistrati. Li ringrazio anche per avermi presentato non nel ruolo istituzionale che ricopro come magistrato, ma – e ciò mi lascia più libero da vincoli formali – come presidente del Tribunale permanente dei Popoli, un Tribunale internazionale di opinione, erede del tribunale Russel II, che nei quarant'anni di vita ha reso decine e decine di “sentenze” fondate sui diritti umani e sui diritti dei popoli, prodotti dal nuovo paradigma di diritto internazionale nato dalla Carta di San Francisco, costitutiva del sistema delle Nazioni Unite.

2. Il confronto è stato ricco, stimolante, vivace e, in taluni momenti, anche aspro. Sono emerse molte valutazioni condivise, ma anche alcune differenze profonde di impostazione culturale, e non soltanto tra professori, avvocati e magistrati, ma anche tra interlocutori che vantano la medesima ricca e apprezzata provenienza ed esperienza professionale di magistrati del pubblico ministero.

È inevitabile, ed anche positivo, che ciò avvenga nell'esame di temi complessi come quelli qui trattati (*terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*), che rimandano al ruolo e alla responsabilità della politica, che non può esau-

* Sono le considerazioni conclusive svolte al termine del seminario tenuto a Pisa dall'11 al 12 marzo 2016.

rire il proprio compito nell'affidarsi al diritto penale, inidoneo a risolvere questioni generali; dei mass media, che producono allarmismi più che informazioni; della legislazione, che va privilegiando, a volte demagogicamente, pulsioni securitarie e illiberali, come è emerso dalle relazioni degli illustri penalisti intervenuti; della cultura e particolarmente della cultura giuridica, e, perciò, dei giuristi e dei giudici.

Come giuristi e come magistrati, dobbiamo sempre e innanzitutto sottolineare i limiti intrinseci, da tenere ben fermi, del diritto penale e processual-penale, limiti purtroppo talvolta già superati dalla legislazione e da talune poco avvedute interpretazioni giurisprudenziali (come è stato rimarcato da eminenti studiosi del diritto penale e del diritto costituzionale).

3. Il terrorismo internazionale nasce e si alimenta – per ragioni prevalentemente etniche, politiche, economiche, sociali – in contesti fortemente conflittuali, che si chiamano Iraq, Afghanistan, Siria, Libia. Basta nominare tali luoghi per evocare i dissennati interventi delle potenze e delle coalizioni occidentali che, spesso per motivi di politica interna – e con l'illusione o il pretesto – di “esportare” la democrazia e i diritti, hanno determinato lo stravolgimento di equilibri politici (sia pure instabili e per gran parte inaccettabili) senza che gli “esportatori” avessero la più pallida idea di una prospettiva di concreto sviluppo del dopo-intervento bellico.

Si tratta di temi e questioni che travalicano l'ambito del diritto e le competenze dei giuristi e vanno affrontati sul piano della politica internazionale e del ruolo dell'Europa, essendo la dimensione continentale l'unica (se ci fosse una politica estera europea) a poter “pesare” nelle scelte strategiche in epoca di globalizzazione. Qui non possiamo che limitarci a prendere atto dell'assenza di una politica dell'Ue e, più ancora, dell'inesistenza di una classe dirigente europea capace di disegnare una prospettiva, un orizzonte che oltrepassi gli interessi nazionali di governi timorosi dei movimenti populistici che individuano nella «invasione dei migranti», soprattutto islamici, la causa del malessere economico e sociale che percorre i Paesi europei.

4. Voglio dire subito, a proposito delle differenze di impostazione culturale emerse nel dibattito, che non mi persuade la lettura che riconduce *tout court* l'esplosione del «terrorismo islamico» allo scontro di civiltà e ne individua il fenomeno religioso quale matrice esclusiva o prevalente.

Ritengo che Giovanni Salvi abbia ragione nel sollecitarci a non adagiarsi su analisi del passato e a richiamarci a studiare, conoscere, comprendere e distinguere. I fenomeni nuovi richiedono impegni nuovi e strumenti rinnovati.

Ma voglio richiamare l'intervento di Umberto Curi che evidenzia come siamo di fronte non tanto alla *radicalizzazione dell'islamismo*, quanto alla *islamizzazione della radicalità*, che nasce su basi prevalentemente politiche e strategiche, anche con responsabilità di potenze occidentali che hanno messo in moto meccanismi e dinamiche che non riescono più a governare.

È stata evocata la rigida ideologia religiosa e l'inaccettabile concezione della minorità della donna come un connotato di irriducibile alterità del mondo musulmano, anche moderato, rispetto all'Occidente. Sono aspetti indiscutibili e sotto gli occhi di tutti. Vorrei ricordare, però, che gli stessi elementi ideologici li possiamo rinvenire nella storia dell'Occidente. Quante guerre di religione combattute in terra d'Europa! Quante atrocità compiute in nome di Dio! L'Inquisizione e la tortura «per il bene dell'anima» sono Occidente, sono Europa.

Il discrimine, allora, non è la tolleranza dei cristiani e l'intolleranza degli islamici. Ci sono stati tempi in cui l'Islam e Damasco erano ben più tolleranti del Papato e delle monarchie europee.

Il discrimine è la laicità dello Stato e della società, determinati dall'avvenuta separazione tra Stato e religione. Il discrimine non è tra Cristianesimo e Islam, ma tra società che attribuiscono dignità e tutela dei diritti, libertà di pensiero e di parola, l'autodeterminazione a ogni persona e società ideologicamente gerarchizzate, in cui non è ancora arrivata la rivoluzione illuministica, un tema che in Europa, anche di recente, è stato messo in discussione dal Papato prima della nomina dell'attuale Pontefice. In sintesi, il discrimine è fra riconoscimento dei diritti fondamentali di ogni persona e negazione degli stessi.

Basti ricordare, a proposito di Occidente, che l'Europa è stata ed è civiltà e diritti umani, ma anche nazifascismo che ha prodotto l'Olocausto, tragedia tutta europea. L'Europa è Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà, è Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, ma è anche erezione di muri e respingimenti dei migranti, morti a migliaia nel Mediterraneo.

La politica internazionale dell'Europa e di ogni Paese europeo dovrebbe tenere ben a mente la storia e la necessità di aiutare movimenti e tendenze esistenti nelle società musulmane a svilupparsi in quella direzione.

Non bisogna mai dimenticare che il più alto numero di vittime causato dal terrorismo islamico si verifica tra gli stessi musulmani.

A questa prospettiva di sostegno alle forze e ai movimenti sensibili ai diritti non giovano né i bombardamenti nei Paesi musulmani – che determinano, oltre a terribili sofferenze, odio ed avversione verso l'Occidente anche nei musulmani moderati – né giovano gli inutili muri di contenimento per ostacolare popolazioni che fuggono dalle atrocità della guerra.

5. In questi due giorni abbiamo discusso di diritti fondamentali, di sicurezza, di terrorismo. Abbiamo parlato anche di guerra, soprattutto per criticare l'uso superficiale, strumentale e demagogico che molta parte della classe politica di vari Paesi, a cominciare dal presidente francese Hollande, sta facendo del dolore delle vittime, finendo paradossalmente con l'attribuire ai terroristi, che vanno considerati autori di atroci delitti, lo *status* di belligeranti proprio degli eserciti di un Paese sovrano, che è esattamente uno degli obiettivi perseguiti dalle centrali del terrore.

Sul punto dobbiamo ribadire le parole ferme e rigorose usate da Luigi Ferrajoli nello scritto che di fatto ha introdotto questo seminario e che ha costituito l'asse attorno a cui si è svolto il dibattito.

Nella Costituzione italiana è scritto che l'Italia ripudia la guerra. Per tener fede alla raccomandazione di Borges ricordata da Umberto Curi, va ripudiata non soltanto la parola guerra, ma l'attività di guerra.

Non basta sostituire il termine guerra con intervento umanitario per rendere legittimo il bombardamento della ex Jugoslavia. Così come non basta appellare *extraordinary renditions* il sequestro e il trasporto in "Paesi amici" dove si pratica la tortura per legittimare un sequestro di persona, commesso da esponenti dei servizi italiani in concorso con i servizi americani, finalizzato a torturare una persona, non importa se terrorista o un autore di reati, sui quali peraltro già indagavano magistrati della Repubblica.

In questi giorni, è forte e giustificata l'indignazione dell'opinione pubblica per l'uccisione, a seguito di torture, del giovane ricercatore Giulio Regeni avvenuta in Egitto. Meno credibile è l'indignazione se manifestata da chi, qualche anno fa, ha operato per il sequestro e la conduzione di Abu Omar in Egitto proprio affinché venisse torturato.

La vergogna del nostro Paese è stata emblematicamente evidenziata dalla sentenza della Corte europea dei diritti umani, emessa il 23 febbraio 2016. Essa ha coinvolto

le istituzioni al più alto livello, quattro Governi di diverso orientamento politico, due Presidenti della Repubblica, la stessa Corte costituzionale, intervenuta sia per dare una lettura “oltranzista” del segreto di Stato sia per accogliere un conflitto di attribuzioni significativamente sollevato contro la sentenza della Corte di cassazione per impulso non già del Ministro della giustizia, ma del Ministro degli esteri.

In questa vicenda, dalle istituzioni sono venuti ostacoli, ritardi, delegittimazione di magistrati e di uffici giudiziari, accusati di pregiudizi politici, di esercizio dell'azione penale determinato dalla “politicizzazione”. Neppure gli organi di garanzia sono stati all'altezza dei compiti doverosi in uno Stato costituzionale di diritto. È francamente difficile parlare di alcune sentenze della Corte costituzionale senza dover affermare eufemisticamente – che «anche Omero qualche volta si appisola»!

Non dai documenti dell'Anm, ma dalla sentenza di Strasburgo emerge che soltanto la magistratura ordinaria (di merito e di legittimità) ha fatto ciò che andava fatto.

Prima di affermare che la giurisdizione è inidonea contro il nuovo terrorismo e di puntare sul potenziamento (o peggio sulla mano libera) dei Servizi di prevenzione e sicurezza, gioverebbe ricordare, come ha fatto Armando Spataro, sia il decisivo contributo della giurisdizione per la tenuta dello Stato costituzionale di diritto contro il terrorismo e la criminalità, sia le ripetute e ricorrenti deviazioni dei Servizi verso l'illegalità interna e internazionale.

Quando evochiamo i diritti umani incompressibili nel loro nucleo duro non possiamo dimenticare, per un verso, che il divieto di praticare la tortura è assoluto e comprende anche attività di espulsione verso Paesi che praticano la tortura; e, per altro verso, che l'Italia è inadempiente all'obbligo di introdurre nel proprio ordinamento il reato di tortura, obbligatorio anche secondo l'art. 13 della Costituzione della Repubblica.

Non solo l'Italia è inadempiente a precisi obblighi internazionali e costituzionali, ma siamo giunti al paradosso che la Corte di cassazione, i cui Presidenti, da almeno cinque anni, non si stancano di sottolineare la grave inerzia del Governo e del Parlamento, ha dovuto rifiutare l'estradizione, richiesta dall'Argentina, di un imputato di tortura, con la motivazione che in Italia il reato di tortura non c'è.

6. Costituisce un salutare esercizio rileggere il Preambolo della Carta di San Francisco: *«Noi popoli delle Nazioni Unite, decisi a salvare le future generazioni dal flagello della guerra, ... a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella*

dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne e delle nazioni grandi e piccole, a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altre fonti del diritto internazionale possano essere mantenuti, ... e per tali fini a praticare la tolleranza ed a vivere in pace l'uno con l'altro in rapporti di buon vicinato, ... ad assicurare ... che la forza delle armi non sarà usata, salvo che nell'interesse comune, ... abbiamo risoluto di unire i nostri sforzi per il raggiungimento di tali fini».

Dopo l'orrore della seconda guerra mondiale quell'impegno solenne pronunciò il MAI PIÙ, che implica: rifiuto della guerra, astensione dall'uso della forza nella relazioni internazionali, uguaglianza dei diritti, cooperazione internazionale per lo sviluppo, uso della forza come *extrema ratio* di polizia internazionale da parte delle Nazioni Unite, insomma il diritto internazionale come sistema di sicurezza.

Nello stesso clima seguirono la Dichiarazione universale dei diritti umani, le Costituzioni del dopoguerra (Italia, Germania, poi Spagna, Portogallo ...), i Patti e le Convenzioni internazionali sui diritti umani, le Corti internazionali.

Si trattava certamente di un sistema incompleto, in parte contraddittorio, ma la direzione era chiara e determinò la decolonizzazione, il contrasto alle discriminazioni razziali, l'affermazione delle Carte e delle Corti dei diritti.

La svolta regressiva si ebbe a partire dalla Guerra del Golfo del 1991, che segnò l'avvio di un percorso bellico che ha segnato i decenni successivi, con la continua e progressiva violazione del diritto internazionale e dei diritti umani e dei popoli da parte delle potenze egemoni e dello stesso Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che hanno tradito lettera e spirito della Carta dell'Onu.

I fatti accaduti negli ultimi decenni sono la conferma di quanto era stato concepito con quella Carta: senza diritto e senza diritti non vi può essere sicurezza collettiva.

7. A ricordare queste cose servono i giudici e le garanzie che assicurano la loro libertà e la loro indipendenza. La garanzia dell'indipendenza non assicura affatto che i giudici siano davvero indipendenti. Ma consente a giudici indipendenti di poterlo essere davvero anche quando la politica o altre alte istituzioni si arrendono alle pressioni dell'alleato più forte e realizzano attività di favore della potenza egemone. Anche quando i Governi sono costretti a "sporcarsi le mani" con manipolazioni di ogni tipo per neutralizzare l'effetto dell'esercizio doveroso dell'azione penale, il fatto che la giu-

risdizione tenga dritta la barra del diritto costituisce il presupposto per salvare la democrazia costituzionale.

Con queste affermazioni sto semplicemente enunciando, con il linguaggio consono ad una convegno, i fondamenti della democrazia costituzionale, come risultano dalla sentenza di Strasburgo che ha condannato lo Stato italiano.

Certo non mancano, anzi costituiscono forse la maggioranza, coloro che pensano e teorizzano che i magistrati e le loro associazioni devono lasciare certi argomenti ai politici e devono interessarsi di più delle loro condizioni di lavoro, dei sistemi informatici, dei carichi sostenibili...

Qualche anno fa un presidente della Repubblica ci intimò di tacere o di dimettermi per avere preso posizione “contro la guerra”. Non ci dimettemmo né tacemmo. Abbiamo continuato a parlare perché riteniamo che a questi temi, quelli della guerra e della pace – strettamente intrecciati, secondo la Carta delle Nazioni unite, con la tutela o la compressione dei diritti fondamentali, che i giudici sono chiamati a proteggere – nessun magistrato, nazionale, sovranazionale o internazionale, può rimanere insensibile.

Sono temi cruciali che non possono e non devono rimanere estranei alla cultura e all’impegno dei giuristi e dei magistrati.

Questo è il nostro associazionismo.

Altri legittimamente fanno attività di sindacalismo, ritenendo così di difendere la magistratura.

Non è la nostra via. A noi preme difendere e potenziare la giurisdizione per promuovere e rendere effettivi i diritti. E la nostra cultura e la nostra pratica, in Italia con Md e in Europa con Medel, dell’associazionismo giudiziario è sempre stata volta, e vuole continuare a far crescere, la consapevolezza dei giudici del loro ruolo di garanti e tutori dei diritti fondamentali di ogni donna e di ogni uomo che vive in Europa.

Gli autori

Roberta Barberini, *sostituto procuratore generale della repubblica di Roma*
Manuela Cadelli, *présidente de l'Association syndicale des magistrats belge*
Francesco Caia, *avvocato, componente del Consiglio nazionale forense*
Miguel Carmona Ruano, *magistrato di collegamento Spagna-Regno Unito*
António Cluny, *membro nazionale per il Portogallo di Eurojust*
Massimo Donini, *ordinario diritto penale, Università di Modena*
Luigi Ferrajoli, *professore emerito di Teoria generale del diritto, Università Roma Tre*
Simone Garbورياu, *présidente de chambre honoraire de la Cour d'appel, Paris, già presidente del Syndicat de la Magistrature*
Franco Ippolito, *magistrato, presidente del Tribunale permanente dei Popoli*
Luigi Marini, *magistrato, legal adviser Permanent Mission of Italy to the U.N.*
Luca Masera, *associato diritto penale, Università di Brescia*
Gualtiero Michelini, *magistrato, presidente di Medel*
Ignazio (Juan) Patrone, *sostituto procuratore generale Corte di cassazione*
Marco Pelissero, *ordinario diritto penale, Università di Genova e Torino*
Andrea Pertici, *ordinario diritto costituzionale, Università di Pisa*
Adriano Prosperi, *professore emerito Scuola Normale superiore di Pisa*
Laabidi Raoudha, *presidente syndicat des magistrats Tunisiens*
Franco Roberti, *procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo*
Giacomo Roma, *dottorando, diritto pubblico, comparato e internazionale, Università La Sapienza, Roma*
Giovanni Salvi, *procuratore generale della Repubblica, Corte appello di Roma*
Armando Spataro, *procuratore della Repubblica presso Tribunale di Torino*
Francesco Strazzari, *associato scienza giuridica Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*
Guglielmo Taffini, *LL.M, Vrije Universiteit Brussel*
Cuno Tarfusser, *presidente della pre-Trial Chamber dell'International criminal court*
Giovanni (Ciccio) Zaccaro, *giudice del Tribunale di Bari*