

Sicurezza e stato di diritto nella minaccia dei foreign terrorist fighters

di

Ylenia Maria Citino*

SOMMARIO: 1. Diritto costituzionale, libertà e sicurezza nell'era del terrorismo internazionale. - 2. La logica di prevenzione e la normalizzazione dell'emergenza. - 3. La torsione securitaria alla luce dei nuovi sviluppi del terrorismo: in particolare, i foreign terrorist fighters. - 4. Nozione e natura del fenomeno. - 5. Strumenti di cooperazione multilaterale e misure di contrasto ai combattenti terroristi stranieri. - 6. Il recepimento italiano: dal pacchetto antiterrorismo del 2015 alle novità del cd. Decreto Sicurezza. - 7. Conclusioni e aspetti problematici.

1. Diritto costituzionale, libertà e sicurezza nell'era del terrorismo internazionale

L'esigenza di bilanciare il valore della sicurezza dello - e nello - Stato con la libertà dell'individuo riaffiora ciclicamente nella riflessione costituzionale, seguendo il corso dell'attualità e imponendo di interrogarsi sulla compatibilità della nuova modellistica in materia di prevenzione e repressione del terrorismo rispetto allo Stato di diritto¹.

Dopo aver evocato la tematica delle implicazioni che la lotta al terrorismo ha sul rapporto fra sicurezza e libertà, si esaminerà il caso particolare dei combattenti

* Dottore di Ricerca in Scienze Politiche, curriculum "Governano e Istituzioni" presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

¹ Cfr. V. Baldini, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in dirittifondamentali.it, 1/2018, spec. 31 e ss. Il tema è stato al centro del Convegno annuale AIC, *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee: atti del 18° convegno annuale*, Bari, 17-18 ottobre 2003, Padova, Cedam, 2007. Con specifico riferimento ai *foreign fighters*, invece, si è tenuto un Seminario internazionale all'Università Bocconi di Milano dal titolo «Counter-Terrorism at the Crossroad between International, Regional and Domestic Law», 13-14 giugno 2019. Cfr. anche A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in Id. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005, 1 e ss.; L. Forni - T. Vettor, *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Torino, Giappichelli, 2018, 3 e ss.; P. Ceri, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 45 e ss.; sotto un punto di vista giusfilosofico, si occupa del tema anche M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà*, Bologna, Il Mulino, 2017.

terroristi stranieri, quale più recente (ma non inedito) sviluppo delle minacce globali all'integrità di uno Stato². Si proveranno a tratteggiare i contorni di questa figura delineandone la natura, le modalità di azione e i contenuti degli atti giuridici che la riguardano, nel tentativo di collocare la materia nel contesto del diritto costituzionale. Si concluderà, infine, guardando più da vicino il caso italiano e la normativa che è stata predisposta per effetto della volontà di conformazione del nostro legislatore all'ordinamento internazionale ed europeo, al fine di trarre un bilancio finale sugli effetti che l'apparizione giuridicizzata dei *foreign terrorist fighters* nel nostro ordinamento provoca sulla tenuta dello Stato di diritto.

La recrudescenza di atti di terrorismo negli ultimi anni è derivata dall'operare di organizzazioni terroristiche sempre più difficili da stanare, caratterizzate da modalità operative disparate e, talvolta, indecifrabili. Basti pensare alla impalpabile diffusione di *sleepers*, o cellule dormienti, costituite da individui pienamente assimilati nella società in cui si trovano ma pronti a rinunciare a tutto, persino alla vita, in nome di un'ideologia distorta che richiede loro di compiere un'azione annientatrice vista come salvifica³. O ancora al ruolo dei social media e dei mezzi di comunicazione informatica, capaci di mettere in collegamento individui anche a notevoli distanze e di favorire operazioni di istigazione, facilitazione o supporto al compimento di crimini grazie all'anarchia che regna nel cosiddetto *dark web*. L'accentuazione del rischio per i cittadini di ogni Stato pone il problema dell'attuazione di strategie di difesa preventiva che anticipino la soglia di intervento delle forze di polizia sino al primo momento utile a fronteggiare la suddetta minaccia.

Il dilemma sicurezza/libertà assume in questo contesto una valenza ancora più peculiare. Alla tesi che ritiene preminente la funzione dello Stato come garante della sicurezza si contrappone quella del libertarianismo convinto, di cui la

² I *foreign fighters* non sono figure nuove. Per una ricostruzione si vd. M. Flores, *Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: a Historical Survey*, in A. de Guttry - F. Capone - C. Paulussen (a cura di), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Berlin, 2016, *passim*.

³ Sul punto, V. Baldini, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 24, per cui proprio questa peculiare connotazione dei terroristi dà luogo ad uno stato di rischio diffuso.

sicurezza sarebbe soltanto un *posterius*. Fra questi due estremi, tuttavia, si colloca la più vasta dottrina che, gradando in maniera diversa i due valori, tenta di eliminare le istanze di conflittualità per sostituirle con ricostruzioni in chiave di complementarietà⁴.

Erhard Denninger, ad esempio, in un saggio del 1996 riprendeva il pensiero di Montesquieu nell'*Esprit des lois*⁵. Condizione necessaria al raggiungimento di un sufficiente grado di libertà politica è la sicurezza (*süreté*) dello Stato. Ne consegue che uno Stato, per essere qualificabile come liberale, deve disporre di un solido impianto di principi e di procedure tali da garantire i diritti. La libertà, in ultima analisi, dipende dalla previsione di «garanzie procedurali nel processo penale»⁶. Ma lo Stato contemporaneo si è evoluto rispetto all'impianto ottocentesco, in cui le libertà erano concepite soltanto in senso negativo. Oggi la pacifica affermazione di risvolti anche positivi, che impongono obblighi di *facere* in capo alle autorità, deriva dal potenziale espansivo del principio supremo della dignità di ogni essere umano. Un principio che non ammette né deroghe né eccezioni. I mezzi di cui lo Stato si avvale per fronteggiare le pressioni disgregatrici derivanti dal terrorismo si trovano a dover fare i conti con questo immancabile postulato e le frizioni che ne derivano fanno suscitare nuovi interrogativi.

Il costituzionalista, pertanto, è chiamato a svolgere un ruolo delicato. Egli deve, infatti, fornire una soluzione universalmente valida per poter compiere una prognosi di legittimità degli interventi dei legislatori in preda all'emergenza. Atti

⁴ Cfr. R. Borrello, *Terrorismo internazionale ed emergenza costituzionale*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 405 e ss. Si tenga presente, infatti, che dalla «composizione del rapporto tra autorità e libertà [...] può desumersi il tasso di protezione e quindi di valorizzazione della persona umana in un ordinamento giuridico». Così, N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa University Press, 2013, 9. Sul rischio che l'emergenza provochi un contraccolpo agli standard democratici della Costituzione cfr. G. De Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2004, 431 e ss., che evidenzia come in questo caso si è soliti invocare il principio di conservazione dell'assetto costituzionale, per cui una Costituzione non può non volere la propria sopravvivenza.

⁵ Cfr. E. Denninger, *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in *Nomos*, 2/1996, 48.

⁶ Cfr. E. Denninger, *Dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato di prevenzione' e autonomia della persona*, in V. Baldini (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Ed. dell'Università di Cassino, 2005, 36.

normativi come lo statunitense *Patriot Act* o il britannico *Anti-terrorism, Crime and Security Act*, emanati nel 2001 come reazione ai tragici attacchi sul suolo americano, sono i primi precursori di un filone giuridico che può giustamente essere definito "diritto emergenziale". Da esso si dipanano i tentativi, come quello tedesco, spagnolo o francese, di costituzionalizzare il ricorso all'emergenza per proporre un modello compatibile con i valori del costituzionalismo moderno, informato alla certezza del diritto, al principio di legalità e della riserva di legge, alla proporzionalità e adeguatezza dell'azione dello Stato. Senza queste componenti sinallagmatiche il rapporto Stato-cittadino diventerebbe squilibrato solo da un lato per cui è ancora più evidente l'ineludibilità di quelle garanzie costituzionali nelle quali si è "eclissata" ogni vestigia dell'antico diritto di resistenza⁷.

Ma se gli sforzi della scienza costituzionale sono diretti a tracciare, delineandolo spesso in senso garantistico, il perimetro di azione della sfera pubblica in ambito securitario rispetto alla sfera delle libertà private, gli sviluppi del terrorismo internazionale hanno talvolta indotto le autorità di qualche paese a trascinare dal proprio campo. Bisogna quindi decidere se, alla luce di un nuovo stato delle cose, sia opportuno rivedere tale perimetro ovvero trovare dei meccanismi per ricomporre l'alterazione dell'equilibrio originale causata dal più incisivo esercizio del potere di prevenzione e di repressione. Non a torto, si è messo in risalto il dubbio che questo cambiamento possa provocare «una sostanziale quiescenza dello Stato costituzionale di diritto o ... un abbassamento del suo grado di tenuta per un tempo sostanzialmente indeterminato»⁸.

Si è parlato, a tal fine, di «stato di prevenzione» (*Prävention-Staat*) e la differenza che ci sarebbe, da un punto di vista strettamente ontologico, con il concetto di stato di eccezione (*Ausnahmezustand*). Per spiegarlo, bisogna rifarsi a Denninger⁹. L'atteggiamento dello Stato rispetto al rischio ha, nel pensiero dell'autore, subito un mutamento nel corso degli ultimi decenni. Il rischio, infatti, non è più stato

⁷ Cfr. A. Buratti, *Dal diritto di resistenza alla tutela costituzionale del dissenso politico*, in R. Nania - P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, 495.

⁸ Cfr. V. Baldini, *Tirannia della sicurezza nello Stato costituzionale di diritto?*, in V. Baldini (a cura di), *Sicurezza*, cit., 11.

⁹ Cfr. E. Denninger, *Der Prävention-Staat*, in *Kritische Justiz*, 1998, 1 e ss.

considerato legato ad un evento eccezionale bensì alla drammatica normalità. Rispetto a questa seconda opzione, lo Stato ha adeguato la propria reazione di conseguenza: vale a dire, sostituendo alla vecchia strategia di contenimento del danno un approccio *stricto sensu* di prevenzione. La sostituzione muove dal presupposto della fatalità delle conseguenze dell'inazione - potendo ad esempio un atto di terrorismo minacciare la stessa esistenza dello Stato - ma incide inevitabilmente sull'ampiezza della sfera dei diritti, toccati da un rischio di violazione che Denninger definisce «collaterale». Così, dunque, lo Stato di prevenzione, che è «stato dell'aspirazione alla massima sicurezza» produce un esito paradossale: le azioni volte a garantire questa sicurezza «finiscono col distruggere la certezza del diritto»¹⁰.

Il problema della compatibilità di questo stato di prevenzione con il modello classico di stato costituzionale di diritto si collega alla constatazione che, mentre nello stato di eccezione l'autorità si trova dinanzi ad un evento straordinario e pone in essere delle misure contingenti, destinate a recedere alla cessazione del presupposto scatenante, lo stato di prevenzione rappresenta una realtà in cui il bisogno di sicurezza è un dato di fatto costante nel tempo e per soddisfarlo l'autorità deve rinunciare alle logiche di certezza e prevedibilità che connotavano la sua azione di un tempo. «Nell'obiettivo di preservare le condizioni essenziali di esistenza dello stato - osserva Vincenzo Baldini - esso [lo Stato di prevenzione] svela oltre la maschera della democrazia, i nuovi tratti del Leviatano ancorato al bastione costituzionale»¹¹. La compatibilità, pertanto, non è affatto assicurata.

La trasformazione che la lotta al terrorismo internazionale sta imponendo ai tradizionali modelli costituzionali è di grande portata. L'anteposizione dell'afflittività delle misure di natura penale rispetto alle tradizionali garanzie legate al libero sviluppo della società deriva da una scelta di preferenza per i presupposti securitari: l'esigenza di massimizzare la sicurezza richiede l'accettabilità anche di provvedimenti, misure o disposizioni invasive.

¹⁰ Cfr. E. Denninger, *Stato di prevenzione*, cit., 55.

¹¹ Cfr. V. Baldini, *Tirannia*, cit., 13. Si vd. anche A. Sterpa, *La libertà dalla paura. Una lettura costituzionale della sicurezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 44 e ss.

Nell'ordinamento italiano si è così potuta sviluppare, sebbene in misura più contenuta rispetto ad altri Paesi, quella tendenza al diritto dell'emergenza (ad esempio, il Pacchetto terrorismo), che sta diffondendosi in maniera tentacolare. Si pensi all'ambito del contrasto all'immigrazione clandestina o della prevenzione e repressione dell'illegalità nella pubblica amministrazione (codice antimafia). Per questo motivo vale la pena analizzare *funditus* la normativa relativa ai combattenti terroristi stranieri e capire in che misura la risposta statale di prevenzione incida sulla tenuta dello Stato di diritto.

Resta vivo, in questo contesto, il problema della dimensione costituzionale della «sicurezza», come risvolto dell'agire preventivo dello Stato, al quale in questa sede non si può che fare un doveroso cenno¹². Lo si può interpretare, infatti, sotto vari profili: se è fondato in letteratura che la sicurezza sia un obiettivo generico che lo Stato deve raggiungere per proteggere i propri cittadini dalle minacce esterne, più dibattuta è l'esistenza di un vero e proprio corrispondente diritto «alla» sicurezza, inteso come posizione giuridica soggettiva del singolo¹³. In Costituzione, la sicurezza è al contempo un limite al godimento di diritti (ad es. l'art. 17, 3 comma Cost.) e un limite all'azione dello Stato (art. 25, 3 comma Cost.). È «materia di competenza esclusiva» statale (art. 117, comma 2, lett. d) Cost.) ma anche presupposto per l'azione dell'esecutivo in via sostitutiva di altri livelli di governo (art. 120, comma 2 Cost.). In passato, inoltre, la sicurezza era pensata più in chiave statica, in quanto sicurezza "giuridica" legata alla tutela dei beni essenziali della collettività¹⁴. Oggi, invece, prende sempre più piede un concetto dinamico di

¹² Cfr. T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *forumcostituzionale.it*, 2006, 1 e ss. e T.F. Giupponi, *La sicurezza e le sue "dimensioni costituzionali"*, in *forumcostituzionale.it*, 2008, 1 e ss.

¹³ A tal fine, ad esempio, Paolo Ridola sottolinea la sporadicità del riferimento alla sicurezza nel costituzionalismo pluralistico moderno, evidente nel contrasto rispetto ai testi costituzionali più risalenti. Da ciò deriverebbe un valore soltanto retrospettivo del diritto alla sicurezza, poiché lo stato liberale avrebbe configurato il rapporto fra libertà e sicurezza «consegnando quest'ultima integralmente alla neutralità delle tecniche di garanzia e di limitazione dei diritti di libertà». Cfr. P. Ridola, *Il principio libertà nello Stato costituzionale: i diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, 159. Sul diritto alla sicurezza si vd. J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2012, *passim*.

¹⁴ Si può parlare anche di sicurezza *sociale*, come di quell'aspettativa «che l'ordinamento giuridico intervenga nel libero gioco dei rapporti sociali ed economici e assuma delle misure di

sicurezza, in quanto principio implicitamente acquisito dall'ordinamento e clausola interpretativa finalizzata ad orientare l'interprete o il legislatore nel processo di adeguamento dei compiti dello Stato¹⁵. Non si può, infine tralasciare, l'accezione più ampia della sicurezza, come generico 'bisogno' che si impone in maniera crescente nella comunità giuridica ammantando tutto l'ordinamento, inclusi gli spazi di libertà¹⁶.

2. La logica di prevenzione e la normalizzazione dell'emergenza

La normalizzazione dell'emergenza in correlazione con la minaccia del terrorismo induce gli Stati ad avvalersi di fonti ordinarie per affrontare i rischi, senza dover derogare alla Costituzione. Pur allontanandosi, quindi, dalla prospettiva di una formale dichiarazione dello stato d'eccezione, ci si avvale di provvedimenti restrittivi contenuti in decreti legge o leggi ordinarie finalizzati ad arginare i pericoli derivanti da situazioni imprevedibili.

Questo potrebbe voler dire da un lato che lo stato d'eccezione vero e proprio viene riservato alla sola eventualità della guerra e che, dall'altro, tutti i casi di emergenza che non rientrano nel concetto classico di guerra non hanno copertura costituzionale¹⁷. Tuttavia, l'ultima conclusione va ridimensionata se si considera il modo in cui i diritti fondamentali vengono formulati in Costituzione¹⁸. Il loro pieno godimento, infatti, è subordinato alla tutela di interessi generali altrettanto importanti, per l'appunto il mantenimento dell'ordine pubblico, la sicurezza della

protezione a favore di chi è economicamente più debole o culturalmente più svantaggiato». Cfr. P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, 48.

¹⁵ Lo esclude, ad esempio, A. Sterpa, *La libertà*, cit., 57 che aderisce alla visione della sicurezza in senso stretto (*security*) e non in senso lato (*safety*).

¹⁶ Sul punto, T. E. Frosini, *Il diritto*, cit., 1 che afferma che «la sicurezza, quindi, diviene un valore che assurge al rango di diritto della persona, nonché come situazione ambientale che caratterizza lo stato dell'intera comunità in cui la persona si esprime».

¹⁷ Cfr. G. De Vergottini, *Guerra e costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 204.

¹⁸ Cfr. V. Eboli, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2010, 70. Le formule elastiche e generiche previste nelle carte dei diritti possono essere interpretate in maniera restrittiva o estensiva. Sarà lo Stato a dover valutare la portata concreta dei propri impegni internazionali nell'ordinamento giuridico costituzionale. Sul punto, v. le considerazioni di P. Bonelli, *Terrorismo*, cit., 227 e ss. mentre, per una rassegna dei diritti inderogabili anche durante le emergenze, cfr. 241 e ss.

collettività, il rispetto delle prescrizioni delle autorità di pubblica sicurezza e via dicendo¹⁹.

Si può azzardare ad affermare che esiste una sorta di "riserva costituzionale di sicurezza", in base a cui la logica di prevenzione può già entrare a far parte del sistema in quanto principio connaturato all'esistenza dello Stato e, di conseguenza, al pacifico godimento dei diritti. Questa logica, però, viene "esacerbata" e può essere fonte di insidie nel momento in cui, al verificarsi di un attacco terroristico, il diritto fondamentale alla sicurezza fa in qualche modo retrocedere le altre libertà.

Difatti, il legislatore, posto di fronte ad una disputa che ricorda quella fra Antigone e Creonte, sembra propendere per quest'ultimo allorché fa largo uso delle fonti straordinarie e di emergenza sotto il livello costituzionale²⁰. Il teorema dell'emergenza, da un lato, è utile a fare apparire meno arbitrari, in quanto *necessitati ed indifferibili*, i provvedimenti suscettibili di travalicare gli argini a protezione dei diritti costituzionalmente garantiti. Ma, dall'altro lato, sembra evocare l'idea di una legge posta autoritativamente, fondata sul principio del *nomos despotes*. Per questo occorrono dei limiti: l'emergenza funziona soltanto in presenza di una giustificazione fattuale di carattere tendenzialmente passeggero, ossia l'esistenza accertata di un estremo pericolo, di un conflitto, di una gravissima crisi o calamità tale da far scaturire la precondizione della "necessità"²¹.

¹⁹ Cfr. V. Baldini, *Logiche in conflitto: brevi note su prevenzione e Stato costituzionale di diritto*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2016, 1-6. Sulle vicende costituzionali del concetto di ordine pubblico, nel rapporto fra sicurezza e libertà, cfr. T.F. Giupponi, *La sicurezza*, cit., 15 e ss.

²⁰ Cfr. A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 1993, III, 551 e ss.; F. Modugno - D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati d'emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Aa. Vv., Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, 515 e ss.; V. Angiolini, *Necessità ed emergenze nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, *passim*; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, in part. 42 e ss.; P. Bonetti, *Terrorismo*, cit., 13 e ss.; M.R. Ferrarese, *Lo stato di eccezione nella globalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2004, 2, 145 e ss. e O. Pfersmann, *L'état d'urgence: la petite exception en dehors de la grande Constitution*, in *Democrazia e sicurezza*, 2/2016, 3 e ss.; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale: definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; G. De Minico, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016 e, da ultimo, Id., *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, 22.

²¹ Sulla necessità, si possono ricordare i classici di S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1900, I, oggi in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, I, 287 e ss.; L. Degli Occhi, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze d'urgenza*, Milano, 1919; E. Lombardo-Pellegrino, *Il diritto di necessità nel*

È dunque possibile difendere il singolo da arbitrarie interferenze nella propria sfera di diritti oppure, in nome della sicurezza e della preservazione dell'esistenza dello Stato, l'esercizio della sovranità può sconfinare oltre le garanzie ordinariamente previste?

Si pensi, ad esempio, alla celebre teoria formulata da Carl Schmitt, per cui «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»²². L'insigne giurista riprendeva ed arricchiva con nuove intuizioni l'antica dottrina dello Stato di Bodin, che vedeva la sovranità come un potere assoluto e perpetuo, da esercitare conformemente alle promesse che il principe aveva fatto al popolo²³. Secondo Schmitt, il verificarsi di una situazione di necessità o urgenza avrebbe sciolto il principe dall'aderenza alla volontà popolare. È, dunque, sul piano dell'eccezione che Schmitt identifica chi riveste la qualità di sovrano: il potere supremo spetta a chi può decidere *se* sussista una situazione di emergenza e *come* risolverla. La Costituzione, al più, può «indicare chi deve agire in un caso siffatto». Non può mai prevedere in maniera incontrovertibile «tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza» che, pertanto, devono essere «illimitati»²⁴.

Nondimeno, l'intuizione schmittiana, nata su schemi tendenzialmente appartenenti al passato, fu recuperata per procurare una base plausibile «ai provvedimenti che

costituzionalismo giuridico, in *Archivio di diritto pubblico*, Roma, 1913; G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato: osservazioni generali*, Padova, Cedam, 1936; F. Franchini, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma, Consorzio Nazionale, 1943, 30 e ss. e *passim*; T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica* (già in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, pp. 269-302), ora, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1958; F. Modugno - D. Nocilla, *Stato d'assedio*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1971, XVIII, 273-291; A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1976, 14 e ss. e C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, I, 1975, 79 e ss. e II, 1976, 702 e ss.

²² C. Schmitt, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica* (contenente la versione tradotta dall'ed. orig. del saggio intitolato "*Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*", 1922), Bologna, Il Mulino, 1972, 33 e ss. Muovendo da una concezione coerente con l'ideologia liberale dell'epoca, secondo P. Pinna, *L'emergenza*, cit., 2, il decisionismo schmittiano «giustifica lo Stato allorquando questo supera i limiti imposti costituzionalmente, sospendendo la costituzione, cioè le garanzie di libertà, per combattere i 'perturbamenti' pericolosi per l'ordine che assicura la libertà e, in particolare, la proprietà e l'iniziativa economica».

²³ J. Bodin, *I sei libri dello Stato* (ed. orig. *Les six livres de la République*, 1576), Torino, Utet, 1964, I, 477 e ss.

²⁴ C. Schmitt, *Le categorie*, cit., 34.

consentirono al nazismo di rafforzare il proprio potere sulla Germania»²⁵. Nel 1930, in pieno regime fascista, Emilio Bonaudi scriveva che «poiché lo Stato deve realizzare i fini della società che in esso si personifica, la potestà di limitazione [dei diritti] si estende logicamente a tutte quelle forme di attività individuale che possono in qualche modo contrastare ai fini stessi». Di conseguenza, «le limitazioni possono essere molteplici e di varia natura, in correlazione ai fini che lo Stato deve proteggere»²⁶.

Le responsabilità del ventennio fascista, però, hanno avuto un peso determinante sull'assetto costituzionale, delineatosi successivamente in certi casi "per antitesi". Sebbene il nuovo Stato costituzionale democratico abbia definito un assetto organizzativo convintamente a presidio delle libertà individuali, nello sforzo di impedire il ripetersi di derive autoritarie non è stata predisposta alcuna "clausola costituzionale di emergenza", a ciò non potendo valere la procedura attivabile con l'art. 78 Cost. Si è difatti parlato di una vera e propria «lacuna costituzionale» alla quale sopperire in via interpretativa²⁷.

Visti i precedenti, dunque, lo stato di crisi, il regime di necessità, l'urgenza o l'eccezione – al di là della diversa gradazione semantica²⁸ – non possono e non debbono costituire una base giuridica per l'ammissibilità indiscriminata di momenti di sospensione delle garanzie statali²⁹. Restano, semmai, dei meri

²⁵ Così, A. Pizzorusso, *Emergenza*, cit., 553.

²⁶ Cfr. E. Bonaudi, *Dei limiti della libertà individuale*, Perugia-Venezia, La nuova Italia, 1930, 25.

²⁷ Sul punto, cfr. A. Casu, *Democrazia e sicurezza. L'istituzione parlamentare e le sfide del nuovo scenario internazionale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, 69. Per L. Carlassare, cit., 104, la mancata previsione in Costituzione di poteri d'emergenza equivarrebbe a un «totale rifiuto» poiché altrimenti, secondo l'insegnamento di Guarino (*Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, 138 e ss.) riportato dall'Autrice, si sarebbe ammesso il rischio di «sovvertire costituzionalmente la Costituzione».

²⁸ Non si parla più, in questo caso, del cd. stato d'assedio. Cfr. F. Cocozza, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, III, 1988, 1-10; F. Modugno - D. Nocilla, *Stato d'assedio*, cit., *passim*; G. Motzo, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, 1958, 250-268. Per una recente rielaborazione di tali dottrine alla luce delle attuali crisi che fronteggia l'ordinamento, cfr. L. Buscema, *Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di un ordinamento democratico*, in *Democrazia e sicurezza*, 1/2017, 1-70.

²⁹ Sul piano europeo, invece, è stato constatato il ricorso al presupposto dell'emergenza per "sanare" una carenza procedurale, e questo proprio con riguardo alla direttiva che regola il fenomeno dei combattenti terroristi stranieri. Nella specie, il difetto è consistito nella mancata preventiva effettuazione della valutazione d'impatto, su cui M. Gennusa, *Tutto*, cit., 652. La

presupposti di fatto poiché, diversamente, le garanzie ineliminabili date dal controllo parlamentare e da quello giurisdizionale verrebbero messe da parte³⁰. Questo significherebbe, ancora, che l'abuso è scaturito da decisioni prese "al di sopra della Costituzione", in maniera autoritaria. E allora piuttosto che di stato d'emergenza, si determinerebbe verosimilmente una rottura della Costituzione liberaldemocratica³¹. Il collasso dell'ordinamento renderebbe inservibile qualsiasi catalogo di diritti.

Ma perché, allora, come suggeriscono autorevoli studiosi (De Vergottini; Ackerman), non si è sviluppata una diffusa tendenza a formalizzare i regimi di

valutazione d'impatto è uno strumento propedeutico alla successiva attività legislativa. Ciononostante la sua mancanza è stata giustificata, come si evince dalla Relazione di accompagnamento alla proposta, dall'urgente necessità di fornire una risposta agli attacchi del 2015: «given the urgent need to improve the EU framework to increase security in the light of recent terrorist attacks including by incorporating international obligations and standards, this proposal is exceptionally presented without an impact assessment». Cfr. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*, COM(2015) 625 final, disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:0625:FIN>.

³⁰ Cfr. G. Cerrina Feroni - G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 32.

³¹ Sul tema della rottura, cfr. ampiamente G. Motzo, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, I, 323 e ss.; V. Zangara, *La rigidità delle Costituzioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, Giuffrè, 1973-74, 1977, utilizza l'immagine della "giuridicità del reale" con riferimento ai casi di rottura della Costituzione e di sovvertimento violento dell'ordinamento, i quali, imponendosi sul diritto, rendono necessaria una presa di coscienza della forza normativa del reale. Su un piano diverso si pone, invece, la dottrina di C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (ed. orig. "Verfassungslehre", 1928, Berlino), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, 140 e ss., che distingue fra "modifica", "sospensione" e "rottura" della Costituzione. Questo tipo di trasformazioni può essere causato da una legge costituzionale. Quanto al fatto, se legittimo, entra in gioco come "potere costituente" che "annulla" la Costituzione in vigore, se illegittimo provoca una "abolizione" della Costituzione con contestuale mantenimento del potere costituito (colpo di Stato). Infine, non si può omettere l'autorevole dottrina di C. Esposito, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in *Scritti Jemolo III*, Milano, Giuffrè, 1963, secondo cui ogni forma di "rottura" o "sospensione" della Costituzione dovrebbe essere disposta mediante una fonte di livello costituzionale, dunque valendosi sempre della procedura prevista dall'art. 138 Cost. Se per Esposito la rottura o sospensione è un fenomeno *in ordinem*, per P. Pinna, *L'emergenza*, cit., 17 è un fenomeno *extra ordinem*. L'A. avverte, infatti, che «la sospensione di norme costituzionali regolanti l'assetto del potere statale può facilmente degenerare in sospensione totale della costituzione, cioè in una modifica permanente dell'ordine vigente, in modo tale che non si configura più uno stato d'eccezione ma un nuovo ordinamento».

emergenza nelle Costituzioni³²? Non solo, infatti, sono poche le Costituzioni che prevedono in maniera esplicita l'attivazione di una procedura derogatoria, ma anche laddove vi sia si preferisce non deliberarla, lasciando che la gestione del pericolo si risolva con atti di polizia ordinaria o con atti normativi "sospetti" quali ordinanze o decreti d'urgenza³³. Per Ackerman «stiamo meglio senza un insieme elaborato di clausole di emergenza nella Costituzione»³⁴.

³² B. Ackerman, *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, Meltemi, 2005, 75 afferma che occorre una «"Costituzione per l'emergenza" che permetta di adottare misure operative efficaci per prevenire un secondo attentato nel breve termine ma che, con fermezza, stabilisca un limite alla loro durata». Contra, F. Viganò, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale, tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, in *Studi Urbinate*, 2014, 339, per il quale compito dello giurista di fronte a simili fenomeni sia quello di «resistere contro ogni tentativo di degiurisdizionalizzare, sul modello americano, la lotta al terrorismo, riaffermando anche in questo settore la centralità del ruolo del diritto». Ma si veda anche G. Di Cosimo, *Costituzione ed emergenza terroristica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009, 4, che sottolinea i rischi di abuso dell'esecutivo.

³³ Per esempio, la Costituzione francese del 1958 all'art. 16 prevede che il Presidente della Repubblica può esercitare dei «*pouvoirs exceptionnels*» nel caso in cui esistano minacce gravi e immediate incombenti sulle istituzioni della Repubblica, sull'indipendenza della Nazione, sull'integrità del territorio o sugli impegni internazionali. In tal caso, prima di assumere tali poteri, il Presidente deve preventivamente consultarsi con il Presidente del Consiglio, i Presidenti delle Camere e il Consiglio costituzionale. Sull'*état d'urgence* e la sua costituzionalizzazione cfr. G. De Minico, *Costituzione*, cit., 237 e ss. Nella Costituzione tedesca, invece, si prevede l'attribuzione di un numero crescente di poteri al Governo a seconda del grado di emergenza: il primo è lo "stato di tensione" (*Spannungsfall* – art. 80a GG) e comporta la possibilità per il Governo di adottare alcune misure se sussiste una evidente pre-crisi connotata dal rischio di attacchi militari; il secondo è lo "stato di difesa" (*Verteidigungsfall* – art. 115a GG e ss.) e si attiva in caso di minacciata o avvenuta aggressione sul territorio federale, previo accertamento normale o d'urgenza. Con la proclamazione dello stato di difesa, il Governo acquisisce una maggiore capacità decisionale mentre il potere di guida e comando delle forze armate è trasferito al Cancelliere. Il Parlamento è facilitato dall'entrata in forza di una procedura legislativa d'urgenza (*Notstandsgesetzgebung*). Infine, il terzo livello è quello previsto dall'art. 115e, in base al quale è possibile istituire una Commissione Comune che, per rispondere in maniera efficace alla situazione d'urgenza, può sostituire sia il *Bundesrat* che il *Bundestag* diventando un vero e proprio Parlamento d'urgenza. Sul tema, recente è il contributo di R. Tarchi - A. Gatti, *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, in part. 14 e ss. Il caso più recente di formalizzazione dello stato d'emergenza è quello della Francia, che dopo gli attacchi di Parigi del 2015, ha conferito poteri straordinari all'esecutivo, estendendoli per cinque volte fino al novembre 2017. Per i casi di non formalizzazione, c'è quello della Spagna, che pur dovendo combattere il secessionismo basco non ha deciso di attivare l'art. 116 della Costituzione spagnola, che prevede il potere in capo al Governo di dichiarare "gli stati di "allarme, di eccezione e di assedio". Cfr. G. De Vergottini, *Nuovi conflitti*, cit., 46. Anche in Italia, pur essendosi vissuti gravi episodi di crisi, il governo non ha mai fatto valere la clausola dell'art. 78 Cost. relativo allo

I costituzionalisti, però, avvertono che la tendenza ad un uso arbitrario dell'escamotage dell'emergenza potrebbe nascondere il mancato rispetto dei dispositivi costituzionali a presidio dei diritti fondamentali. E questo può essere constatato non tanto nei gravi casi di tracollo giuridico o politico dello Stato, per esempio durante un conflitto militare in atto, quanto in tempi di pace. La lotta al terrorismo sta difatti imponendo una normalizzazione, o se lo si concede, una "cronicizzazione" dello stato di emergenza, che rischia di soppiantare le tradizionali categorie giuridiche nel giudizio di legittimità sulle misure legislative di tutela della sicurezza pubblica³⁵. L'emergenza, da nozione non tecnica appartenente alle scienze sociali³⁶, sta via via tramutandosi in *occasio legis* atta a corroborare, come già prefigurava una risalente sentenza della Corte costituzionale, la ragionevolezza di un atto normativo che incida sulla libertà personale³⁷.

stato di guerra. Cfr. anche Id., *La difficile convivenza*, cit., 428 e ss. per una comparazione delle formalità sull'emergenza in diverse costituzioni.

³⁴ B. Ackerman, cit., 16.

³⁵ Un'idea seguita ad ampio spettro da A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra-ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011.

³⁶ Così, A. Pizzorusso, *Emergenza, (stato di)*, cit., 551. Parla di nozione incerta P. Bonetti, *Terrorismo*, cit., 61. Si veda anche G. Marazzita, *L'emergenza*, cit., 13 e ss.; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004, 8 e ss.

³⁷ Nel caso di specie, la Corte era chiamata a rispondere alle censure formulate sugli artt. 10 e 11 del decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625 in materia di carcerazione preventiva, così come modificati dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15 (legge Cossiga). Di fronte al quesito della ragionevolezza del termine di carcerazione preventiva nella fase tra il deposito dell'ordinanza di rinvio a giudizio e la sentenza di primo grado, il giudice delle leggi risponde che il prolungamento dei termini massimi di carcerazione discende da una serie di circostanze che hanno indotto il legislatore a prendere delle "misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica". Si tratta, per la Corte, di una causa occasionale motivata dalla necessità di combattere il terrorismo e l'eversione, un fenomeno del quale «non può dubitarsi dell'esistenza e della consistenza, della peculiarità e gravità». Esso scaturisce «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». Pertanto, «Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza». Corte cost., sentenza n. 15/1982. Per G. De Vergottini, *La difficile convivenza*, cit., 448, questa sentenza è stata un'apripista per l'ammissibilità della legislazione d'emergenza. La Corte, infatti, non ha richiamato alcuna precisa disposizione atta a giustificare l'emergenza, bensì ha fatto ricorso al solo principio di ragionevolezza. La sentenza 15 del 1982 viene usata come precedente per valutare (negandola) la legittimità costituzionale della normativa introdotta dal legislatore in materia di cyberterrorismo da V. Di Pasqua, *Libertà di espressione in Internet e*

Inoltre, la asintomaticità e mutabilità del fenomeno terroristico nei suoi risvolti pratici è tale che anche a livello internazionale non si è riusciti a raggiungere l'accordo su cosa sia giuridicamente il terrorismo e come distinguerlo, ad esempio, dalle lotte per la liberazione nazionale³⁸. La dottrina ha provato a ricavare una definizione universale ma si è trovata di fronte alle numerose fonti che trattano la materia soltanto avvalendosi di elencazioni esplicative ed esemplificative³⁹. All'indomani dei drammatici atti terroristici dell'11 settembre, ad esempio, è stata adottata la risoluzione 1373 (2001), che racchiude il nucleo fondamentale dell'approccio delle Nazioni Unite al terrorismo, l'atto d'inizio della strategia globale di prevenzione. Tuttavia, al termine terrorismo possono corrispondere diverse realtà giuridiche.

Una mancanza di certezza che si ripercuote anche sul piano europeo. Nella direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo il legislatore europeo ha dettagliatamente stilato una panoplia di fatti tipici atti a configurare condotte di terrorismo, ma non ha formulato alcuna definizione generale. Questa constatazione male si addice alla finalità di cooperazione universale nella lotta al fenomeno, posto che il legislatore di uno Stato può essere indotto a definire il terrorismo con una certa discrezionalità, assecondando i propri interessi del momento e invocando con maggiore frequenza l'eccezione della straordinarietà della minaccia.

sicurezza. *Il cyberterrorismo*, in F. Dal Canto - P. Consorti - S. Panizza (a cura di), *Libertà di espressione*, cit., 63-4.

³⁸ Cfr. R. Nigro, *La definizione di terrorismo nel diritto internazionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2013, 11 e ss.

³⁹ Così, C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino, Giappichelli, 2010, 30 e ss. secondo cui «l'indeterminatezza delle definizioni [...] rappresenta un'ulteriore arma in mano ai terroristi che sfruttano l'incertezza per giostrare sulla vera natura della propria azione e dichiararsi guerriglieri ovvero partigiani, a seconda del contesto nell'ambito del quale operano». Sul tema cfr. anche M.L. Angli, *What does 'terrorism' mean?*, in A. Masferrer - C. Walker (eds.), *Counter-terrorism*, cit., 17 e ss.

3. La torsione securitaria alla luce dei nuovi sviluppi del terrorismo: in particolare, i foreign terrorist fighters

Le risposte degli ordinamenti costituzionali contemporanei alla minaccia terroristica stanno via via modificando il classico paradigma del rapporto fra libertà e sicurezza, spostando il baricentro verso le strategie di prevenzione. Nello sforzo mirante alla *debellatio* del nemico, lo Stato deve fare i conti con l'eventualità di incursioni sul terreno della libertà⁴⁰. L'irrompere del terrorismo, infatti, produce uno stato di emergenza permanente, a causa del rischio continuo di azioni violente, non anticipabili e soprattutto atipiche, in quanto non provenienti da uno Stato-nemico ma da un nemico diffuso⁴¹. In questo senso, può affermarsi che gli attentati dell'11 settembre hanno costituito una cesura nell'approccio giuridico globale al terrorismo: si è passati nettamente da un approccio di tipo repressivo a quello, invece, preventivo⁴².

⁴⁰ Ecco perché molti autori sottolineano l'importanza dell'avallo parlamentare. Cfr. ad esempio, C. Fresa, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli Stati in crisi*, Padova, Cedam, 1981, 113 e ss. Al riguardo, J. Ferejohn - P. Pasquino, *The law of the exception: a typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 210 e ss. secondo cui «when the public safety is seriously threatened, there may be a need for quick and decisive action that cannot, perhaps, wait for the deliberate pace of ordinary constitutional rule. This, indeed, is a central dilemma of a liberal constitutional government».

⁴¹ Sulla peculiarità e dimensione trasversale del terrorismo, cfr. R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008, 203 e ss. Per i profili internazionali, si vd. P. Gargiulo - M.C. Vitucci, *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2009, tra cui, in particolare, A. Bianchi, *La dimensione giuridica della paura: controterrorismo e diritti umani*, *ivi*, 31 e ss.

⁴² Un «punto di svolta nella considerazione e nella percezione del pericolo» per C. Bassu, *Terrorismo*, cit., 5; un momento che ha comportato «una profusione di disposizioni relative alla lotta contro il terrorismo, alla lotta contro la criminalità organizzata transnazionale, alla lotta contro l'immigrazione clandestina», vale a dire «misure anche preventive che inevitabilmente incidono sull'ordinario regime dei diritti previsto dai diversi ordinamenti», secondo G. De Vergottini, *Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, in L. Forni - T. Vettor, *Sicurezza e libertà*, cit., 39; l'occasione per innescare «una nuova stagione della legislazione d'emergenza», secondo R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, in C. De Maglie - S. Seminara, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, Cedam, 2007, 44. Alla base del libro di A. Masferrer - C. Walker (eds.), *Counterterrorism, human rights and the rule of law. Crossing legal boundaries in defence of the State*, Cheltenham-Northampton, E. Elgar, 2013, 5 c'è l'idea che la vicenda del 9/11 abbia messo a dura prova i concetti giuridici tradizionali. Sul tema si cfr. anche M. Tushnet, *The Political Constitution of Emergency Powers: Parliamentary and Separation-of-Powers Regulation*, in *International Journal of Law*, 3/2007, 275-88 ma anche Id., *Emergency law as administrative law*, in F.

La disciplina di prevenzione vede, ultimamente, al centro di numerosi sforzi un fenomeno, legato alla guerra civile in Siria, che ha assunto forme inedite: quello delle migliaia di combattenti, cd. *foreign terrorist fighters* (FTF), che hanno lasciato i propri paesi d'origine o di residenza per affiliarsi ad eserciti e milizie irregolari in Siria ed Iraq con l'obiettivo di pianificare o perpetrare attività o azioni con finalità di terrorismo⁴³. I dati sulla consistenza di queste partenze non sono concordanti, ma oscillano fra i 40 e i 60 mila individui negli ultimi sette anni⁴⁴. Inoltre, in seguito alla sconfitta dello Stato Islamico dell'Iraq e del Levante (ISIL/Da'esh) il flusso si è invertito, dando luogo ad una nuova minaccia per i paesi di rientro o di nuova accoglienza⁴⁵. Un rapporto del Centro Internazionale Antiterrorismo dell'Aia (ICCT), relativo ai soli territori dell'Unione Europea, ha calcolato che, sino alla fine del 2015, il 30% degli FTF sarebbe ritornato nei paesi d'origine, che sono principalmente quattro: Belgio, Francia, Germania e Regno Unito⁴⁶. Nondimeno, il largo coinvolgimento di combattenti *returnees* negli attacchi di Bruxelles, Parigi, Berlino e Londra, come anche l'esistenza di *ihadisti* italiani (si pensi al risalto mediatico del cd. caso Fatima⁴⁷) dimostra che i cd. *returning and relocating terrorist fighters* (d'ora in poi, RRFTF) pongono problemi tali da richiedere un opportuno inquadramento giuridico⁴⁸.

Davis - F. De Londras (Eds.), *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 121-141.

⁴³ V. la ricostruzione compiuta da T. Hegghammer, *The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad*, in *International Security*, 35/2010-11, 53 e ss.

⁴⁴ Nel rapporto dell'ISPI, il direttore Paolo Magri ne conta almeno 60 mila, provenienti da circa 110 paesi. Cfr. P. Magri, *Prefazione*, in F. Marone - L. Vidino, *Destinazione Jihad: i foreign fighter d'Italia*, Milano, Ledizioni, 2018, 8.

⁴⁵ Riveste particolare interesse, d'altra parte, la questione della natura incerta dell'IS e dello sforzo di inquadramento di tale attore al di là degli schemi classici della dottrina costituzionalistica. Cfr. A. Vendaschi, *Da al-Qā'ida all'IS il terrorismo internazionale "si è fatto" Stato?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2016, 41 e ss.

⁴⁶ B. van Ginkel - E. Entenmann (a cura di), *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union: Profiles, Threats and Policies*, ICCT Research Paper, The Hague, 2016, 3.

⁴⁷ Su cui F. Vanni, *Terrorismo, Fatima condannata a nove anni: è la prima foreign fighter italiana*, su *Milano Repubblica*, 19 dicembre 2016.

⁴⁸ Cfr. A. Braithwaite - T.S. Chu, *Civil Conflicts Abroad, Foreign Fighters, and Terrorism at Home*, in *Journal of Conflict Resolution*, 2018, 1636-1660 che, partendo da uno studio di empirico condotto sui dati di vari Stati, concludono che il terrorismo domestico è notevolmente influenzato dal rientro dei combattenti stranieri dalla zona di conflitto.

Gli FTF sono destinatari di un numero significativo di atti normativi a livello internazionale ed europeo, declinati poi in varia misura dagli Stati nazionali⁴⁹. Al contrario, non c'è alcun trattato, allo stato attuale, che copra la materia, restando applicabili, con le dovute limitazioni, le convenzioni internazionali in materia di terrorismo, tra cui spicca la Convenzione di New York del 1999 per la repressione del finanziamento al terrorismo. Sulla scia dei quattro pilastri della *Global Counter-Terrorism Strategy* del 2006, come rivisti dalla Risoluzione AG 70/291 del 2016, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato una serie di atti finalizzati al contrasto degli FTF,

Rileva, innanzitutto, la risoluzione 2178 (2014) che, prendendo le mosse dalle risoluzioni 1373 (2001) e 1540 (2004), racchiude il nucleo della materia e sarà oggetto di analisi nel successivo paragrafo⁵⁰. Si considerino, altresì, la 2195 (2014), la 2253 (2015), la 2368 (2017), la 2395 (2017), tutte contenenti una serie crescente di misure per contrastare le minacce alla pace e alla sicurezza provenienti da atti di terrorismo *anche* derivanti da FTF; la 2214 (2015) che riguarda i combattenti e il terrorismo in Libia. Inoltre, la 2396 (2017) rafforza le misure di contrasto agli FTF previste dalla risoluzione 2178 (2014) dando maggiore attenzione al fenomeno degli RRFTF, che già la 2253 (2015) e la 2368 (2017) avevano cominciato a delineare. Allo scopo di favorire ed agevolare la corretta implementazione delle succitate risoluzioni, sono stati istituiti vari organismi, una proliferazione di attori che, se certamente è il frutto dell'attenzione data al problema, rischia di creare non pochi problemi di coordinamento e di sovrapposizione delle competenze.

Va segnalato, inoltre, il *memorandum* dell'Aia-Marrakesh sulla lotta contro i combattenti terroristi stranieri, adottato nel 2016 dal Forum Globale

⁴⁹ Per uno sguardo d'insieme, cfr. L. Marini, *L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente tra ONU ed Europa*, in *Questione Giustizia*, 2/2017, 112 e ss. Per raffrontare le misure poste in essere dagli Stati di tutto il mondo, risulta particolarmente utile lo strumento messo a disposizione dalla Library of Congress, disponibile in: www.loc.gov/law/help/foreign-fighters/country-surveys.php#_ftn152.

⁵⁰ Alcuni studiosi hanno criticato tale atto, assumendo che il Consiglio di Sicurezza sarebbe andato oltre le proprie competenze, non potendosi rinvenire alcuna convincente base giuridica nella Carta ONU per l'esercizio di un siffatto potere legislativo. Cfr. M. Sossai, *Foreign terrorist fighters: una nozione ai confini del diritto internazionale*, in *Federalismi.it*, 4 e ss.

dell'Antiterrorismo (GCTF), organismo internazionale neutrale nato da un'iniziativa informale che oggi riunisce 29 paesi più l'Unione Europea⁵¹. Salutato con favore dalle Nazioni Unite, il *memorandum* prevede una serie di raccomandazioni destinate a tutti gli Stati e alle organizzazioni internazionali intesi a cooperare per contrastare il fenomeno e gestire l'emergenza dei *returnees*.

Nell'ambito dell'Unione Europea, la scena normativa è occupata dalla recente direttiva (UE) 2017/541 che prevede disposizioni specifiche per la criminalizzazione dei reati compiuti dai combattenti stranieri, di cui in prosieguo⁵². Applicabili agli FTF, anche se non menzionati espressamente, sono anche la direttiva 2012/29/UE in materia di diritti delle vittime del reato, qualora i combattenti siano essi stessi vittime di un atto o attività di tipo terroristico⁵³, e la direttiva 2015/849/UE sulla prevenzione del finanziamento al terrorismo⁵⁴. A ciò si aggiungano alcuni rapporti interni, privi di rilevanza giuridica ma indicativi di una volontà comune volta a delineare la fissazione di una linea temporale per monitorare l'implementazione delle suddette norme⁵⁵.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa (CdE), invece, la Commissione di Esperti sul Terrorismo (CECET) ha predisposto la Convenzione sulla Prevenzione del

⁵¹ Cfr. www.thegctf.org. La denominazione originale per esteso del documento è "The Hague-Marrakech Memorandum Addendum on Good Practices for a More Effective Response to the FTF Phenomenon".

⁵² Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio, in OJ L 88, 31.3.2017, 6-21, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32017L0541>.

⁵³ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

⁵⁴ Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo 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 Commissione, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32015L0849>.

⁵⁵ Un recente studio, ad esempio, è quello realizzato dalla DG Affari Interni su commissione del Parlamento europeo, *The European Union's Policies on Counter-Terrorism. Relevance, Coherence and Effectiveness*, 2017, disponibile in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU\(2017\)583124_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU(2017)583124_EN.pdf).

Terrorismo del 2005 (STCE 196). Alla luce dell'approvazione della risoluzione 2178 del Consiglio di Sicurezza, gli esperti antiterrorismo del CdE hanno esaminato il problema della crescente radicalizzazione e del rientro dei combattenti terroristi stranieri. A tal fine, dieci anni dopo dalla Convenzione del 2005, è stato approntato un Protocollo Addizionale (STCE 217), cui ha aderito anche l'Italia, entrato in vigore in luglio 2017 con l'avvenuto raggiungimento del numero di ratifiche necessario⁵⁶. Il Protocollo, in larga parte dedicato agli FTF, aggiunge ulteriori elementi alla trattazione del tema che verranno considerati a seguire.

Da questa rassegna si può ricavare *prima facie* un'importante considerazione: trattandosi di un fenomeno connotato da una marcata transnazionalità, la comunità internazionale ha deciso di fronteggiare la recrudescenza di combattenti terroristi stranieri e la minaccia che essi pongono dispiegando una molteplicità di iniziative su tutti i fronti. Occorre, dunque, isolare dalle proposizioni normative contenute nei vari livelli normativi un nucleo dispositivo fondamentale unico, atto ad inquadrare la figura degli FTF nelle sue varie sfaccettature.

4. Nozione e natura del fenomeno

Una nozione giuridica di FTF e RRFTF può essere ricavata dal contenuto delle fonti poc'anzi ricordate. Pur contenendo talune ambiguità, appaiono utili soprattutto gli enunciati normativi della risoluzione 2178 del 2014, adottata all'unanimità dal Consiglio di Sicurezza, in quanto esprimono il consenso generalizzato raggiunto dagli Stati su una data definizione di *foreign terrorist fighters*. Questa è ricavabile dal combinato disposto dell'ottavo capoverso del preambolo e del par. 6. Da un lato, infatti, nel preambolo si esprime preoccupazione per la minaccia data dai combattenti terroristi stranieri, identificati fra «gli individui che viaggiano verso uno Stato diverso dagli Stati in cui hanno residenza o nazionalità con lo scopo di perpetrare, pianificare, preparare o partecipare ad atti terroristici, ovvero con lo

⁵⁶ L'apertura alla firma del Protocollo è avvenuta con la Conferenza di Riga del 22 ottobre 2015. Il testo del Protocollo è reperibile su www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168047c5ea mentre per il rapporto esplicativo che lo accompagna si vd. <https://rm.coe.int/168047c5ec>.

scopo di fornire o ricevere addestramento con finalità terroristiche, anche in connessione con un conflitto armato»⁵⁷. Dall'altro lato, nel par. 6 si specifica che gli Stati devono prevedere come reato, e punire, tre diversi gruppi di condotte: a) l'atto del viaggio a scopo di terrorismo; b) l'atto della raccolta di fondi finalizzati al viaggio o all'addestramento; c) altre condotte che costituiscono atti di organizzazione o facilitazione del viaggio, atti di reclutamento o di addestramento⁵⁸.

Queste disposizioni vanno messe in relazione con il Protocollo addizionale del 2015 alla Convenzione sulla prevenzione del terrorismo, ratificato anche dall'Italia ed entrato in vigore nel 2017. Le condotte delittuose legate agli FTF sono di natura *preparatoria* rispetto ad un atto di terrorismo *tout court*. Si individuano, pertanto, cinque diverse fattispecie: la «partecipazione a un'associazione o a un gruppo a fini terroristici» (art. 2)⁵⁹; l'atto di ricevere addestramento a scopo di terrorismo (art.

⁵⁷ La versione originale del testo reca: «*Expressing grave concern over the acute and growing threat posed by foreign terrorist fighters, namely individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict*».

⁵⁸ Nel testo originale, le tre condotte che ciascuno Stato si impegna a criminalizzare sono espresse nei seguenti termini: «(a) their nationals who travel or attempt to travel to a State other than their States of residence or nationality, and other individuals who travel or attempt to travel from their territories to a State other than their States of residence or nationality, for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts, or the providing or receiving of terrorist training; (b) the willful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to finance the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training; and, (c) the willful organization, or other facilitation, including acts of recruitment, by their nationals or in their territories, of the travel of individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training». Si tratterebbe di una norma "illecita" secondo R. Cadin, *Il Consiglio di Sicurezza torna a legiferare con la risoluzione 2178 (2014) sui "combattenti terroristi stranieri"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, Osservatorio sul Consiglio di Sicurezza e sui diritti umani, 4/2014, 857 in quanto ritenuta straripante rispetto al mandato del Consiglio di Sicurezza.

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 2 «si intende la partecipazione alle attività di un'associazione o di un gruppo al fine di commettere o contribuire alla commissione di uno o più reati di terrorismo da parte dell'associazione o del gruppo».

3)⁶⁰; i «viaggi all'estero ai fini terroristici» (art. 4)⁶¹; i «finanziamenti di viaggi all'estero ai fini terroristici» (art. 5)⁶²; infine, l'«organizzazione o agevolazione di viaggi all'estero a fini terroristici» (art. 6)⁶³.

Fra tali fattispecie, va rimarcato come soltanto quella di cui all'art. 4 racchiuda la condotta tipica del combattente terrorista straniero, connotata dall'elemento del viaggio. Le altre incriminazioni, invece, sono finalizzate ad allargare lo spettro di punibilità ad altre tipologie di condotte, direttamente o indirettamente correlate al fenomeno di cui sopra.

Queste regole vanno ulteriormente poste in relazione con la direttiva europea 2017/541, più specificamente rivolta a criminalizzare le condotte di coloro che, in modo asseritamente non scientifico, sono stati definiti da alcuni commentatori i *western foreign terrorist fighters*: ossia i terroristi combattenti stranieri che provengono o agiscono nei paesi occidentali⁶⁴. Anche la direttiva non formula un'espressa definizione di FTF, limitandosi al richiamo della risoluzione ONU, mentre enumera una serie di delitti che gli Stati devono impegnarsi a punire. In particolare, l'art. 9 prevede che ciascuno Stato debba punire come reato, se compiuto intenzionalmente, «l'atto di recarsi in un paese diverso da tale Stato membro, al fine di commettere o contribuire alla commissione» di tre gruppi di reati, che ricalcano le categorie formulate già nella precedente decisione quadro. Si tratta di "reati di terrorismo", consistenti in una lista di condotte motivate da tre

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 3 «si intende l'atto di ricevere da un'altra persona istruzioni, compresa l'acquisizione di conoscenze o competenze pratiche, per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose, ovvero per altre tecniche o metodi specifici, al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo».

⁶¹ Ai sensi dell'art. 4 «si intende l'atto di recarsi in uno Stato diverso da quello di cittadinanza o di residenza al fine di commettere un reato di terrorismo o contribuire o partecipare alla sua commissione, oppure di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici».

⁶² Ai sensi dell'art. 5 «si intende la fornitura o la raccolta, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, di fondi che consentono, in tutto o in parte, a una persona di effettuare viaggi all'estero a fini terroristici quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, del presente protocollo, sapendo che i fondi saranno destinati, in tutto o in parte, a essere utilizzati a tale scopo».

⁶³ Ai sensi dell'art. 6 «si intende qualsiasi azione di organizzazione o di agevolazione che aiuti una persona a effettuare viaggi all'estero a fini terroristici quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, del presente protocollo, realizzata sapendo che l'aiuto così fornito è diretto a fini terroristici».

⁶⁴ I *western foreign fighters* sono al centro della trattazione di F. Cilluffo - J. Cozzens - M. Ranstorp, *Foreign Fighters. Trends, Trajectories and Conflict Zones*, Homeland Security Institute, George Washington University, Washington, 2010, 3 e ss.

diversi doli specifici (art. 3), “reati riconducibili a un gruppo terroristico” (art. 4) ed infine “reati connessi ad attività terroristiche”, quali la pubblica istigazione al terrorismo (art. 5), il reclutamento a fini di terrorismo (art. 6), l’atto di fornire o ricevere addestramento (artt. 7 e 8)⁶⁵.

Ciascuno Stato membro è chiamato a reprimere i summenzionati crimini non soltanto quando sono compiuti da chi esca dal suo territorio per commetterli in uno Stato terzo ma, a maggior ragione, da chi, provenendo da uno Stato terzo, faccia ingresso nel paese con analoghi disegni criminosi. La direttiva, dunque, non si limita ad identificare e criminalizzare condotte di reato legate agli individui che viaggiano per andare a combattere nelle zone di conflitto armato controllate dai combattenti islamici, ma va oltre, comprendendo anche coloro che si recano appositamente negli Stati europei con l’intento di compiere atti di terrorismo. Un’ipotesi, quest’ultima, che va ben al di là di quella, più circoscritta, adombrata dalla risoluzione 2178. Chiaramente, il Protocollo del 2015 è inerente alla materia più vasta del contrasto al terrorismo, eppure va rilevato che questa sovrapposizione di condotte, in luogo di fornire indicazioni decisive sulla definizione di FTF, contribuisce ad incrementare la dose di ambiguità.

Non mancano, nella stessa direttiva, disposizioni che, ricalcando la risoluzione 2178, demandano ai legislatori nazionali l’incriminazione delle condotte di agevolazione o organizzazione del viaggio (art. 10), come anche del finanziamento del viaggio (art. 11).

Da quanto detto sinora, si può evincere che l’ambito territoriale degli FTF è molto ampio, potendosi distinguere quattro diversi criteri di collegamento territoriale, e segnatamente: a) lo Stato di provenienza; b) lo Stato di transito; c) lo Stato di

⁶⁵ Per quanto riguarda il contenuto specifico delle varie categorie, si rimanda alla nota esplicativa di D. Delorenzi, “Foreign fighters” e l’attuazione nell’Ue della risoluzione del consiglio di sicurezza delle nazioni unite 2178 (2015). Un altro caso di “legiferare in fretta, pentirsi con comodo...”?, in *Eurojus.it*, 2016, 1-7. Critici sulla direttiva, G. De Minico, *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017, 5 e ss.; M.E. Gennusa, *Tutto in una definizione? La nuova direttiva antiterrorismo dell’Unione europea e i confini del terrorismo*, in *Quad. cost.*, 3/2017, 651 e ss. secondo la quale il legislatore europeo ha compiuto un insopportabile arretramento della soglia di punibilità; F. Fasani, *L’impatto della direttiva antiterrorismo sulla legislazione penale sostanziale italiana*, in *Diritto penale e processo*, 1/2018, 12-24.

destinazione che coincide con la zona di conflitto ovvero d) lo Stato di destinazione che confina con la zona di conflitto⁶⁶. Si rimarca, in tal modo, il differente ruolo rivestito da ciascuno Stato nella prevenzione e repressione del fenomeno.

Alla luce di quanto detto sinora, occorre far luce sulla nozione di «straniero» dal momento che, ai sensi della risoluzione 2178, gli FTF sono individui *stranieri* che viaggiano verso uno Stato diverso da quello in cui risiedono o di cui hanno la nazionalità. L'attributo di straniero deve essere considerato rispetto allo Stato di destinazione. Alcuni commentatori hanno rilevato l'ambiguità derivante dall'uso della congiunzione «o» che lascerebbe incerto il caso di un individuo avente medesima nazionalità dello Stato di destinazione ma residente in un altro paese⁶⁷. Nel dubbio, bisognerebbe a loro avviso preferire la nozione più ampia possibile, poiché in linea con l'oggetto e lo scopo della risoluzione⁶⁸.

Tale esito non convince. Si pensi, ad esempio, ad un cittadino di nazionalità siriana residente in Italia che compie un viaggio verso il proprio paese d'origine per unirsi a combattere nelle file del Califfato: in questo caso l'individuo non è affatto qualificabile come "straniero" rispetto alla Siria. Non persuade, dunque, la tesi della nozione *estensiva* di straniero, poiché a voler ragionare in questo modo la categoria di straniero verrebbe praticamente ad includere qualsiasi individuo, perdendo di rilevanza. Pertanto, per fare un esempio, può essere considerato «straniero» sia l'italiano che si reca in Siria a combattere, sia il siriano naturalizzato o quello di seconda generazione che risiede ed ha cittadinanza italiana, purché non abbia più quella siriana, come anche il cittadino di uno Stato terzo o l'apolide che risiede in Italia e si radicalizza scegliendo di unirsi all'ISIS andando in Siria, ma non è «straniero» il siriano che rientra in patria per diventare combattente né il siriano che, pur avendo una cittadinanza di un altro paese, ha mantenuto la cittadinanza siriana. Questa interpretazione, peraltro, è suffragata dall'art. 4 del

⁶⁶ Si vd. a tal fine, la precisazione contenuta nel decimo capoverso preambolare della risoluzione 2178.

⁶⁷ Sostengono una tesi ampia della nozione di straniero sia S. Licciardello, *Foreign fighters: soggetti di diritto internazionale?*, in *Il mondo dell'intelligence*, www.sicurezzanazionale.gov.it, 6/2016, 2 che C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017, 344.

⁶⁸ Così, S. Licciardello, *idem*.

Protocollo addizionale, a norma del quale sono punibili coloro che viaggiano con finalità di terrorismo verso uno Stato «che non è quello di nazionalità o di residenza del viaggiatore».

Resta aperto, invece, il problema di coloro che rientrano nel paese da cui erano partiti per continuare a pianificare o perpetrare atti di terrorismo a sostegno del Califfato (i cd. *returnees*): in questo caso, infatti, sia l'italiano che lo straniero residente in Italia possono essere destinatari della disciplina degli RRFTF, ma il trattamento sarà diverso perché il primo, pur essendo un combattente *straniero* rispetto alla Siria non è *straniero* rispetto al paese in cui è rientrato.

Razionalizzando gli elementi desumibili dalle varie fonti, è possibile affermare che lo *status* di FTF si snoda attraverso alcuni elementi costitutivi:

L'elemento del viaggio di scopo, suddivisibile tra scopo di addestramento e scopo di partecipazione. Destinazione del viaggio è una zona in preda ad un conflitto armato, una ribellione o un'insurrezione, ma può essere anche un paese confinante, come anche un qualsiasi altro Stato in cui le organizzazioni terroristiche organizzano reclutamento e formazione⁶⁹. Ne discende anche che tutte le attività ricomprese nel concetto di viaggio fanno parte della portata della nozione di FTF: così le attività preparatorie, le attività di ricerca dei mezzi finanziari, il reclutamento legato al compimento del viaggio. Si esclude che appartengano alla categoria dei combattenti terroristi stranieri coloro che, pur avendo commesso talune delle condotte prima anticipate, non puntino a recarsi nelle zone controllate dal Califfato per combattere ma siano, piuttosto, interessati a compiere atti di terrorismo nel paese in cui si trovano;

⁶⁹ In vari studi, peraltro, si tende a precisare che secondo il diritto internazionale umanitario i *foreign fighters* operano in un contesto di "conflitto armato non internazionale" (NIAC) e, conseguentemente, non possono avere i privilegi dello *status* di "combattente" o di "prigioniero di guerra". Non potranno, quindi, che assumere le vesti dei civili per cui, qualora prendano attivamente parte alle ostilità non possono godere delle immunità e dei privilegi attribuiti ai combattenti nei "conflitti armati internazionali" (IAC) dalle Quattro Convenzioni di Ginevra del 1958, se non nei casi indubitabilmente consentiti dalle norme di diritto internazionale consuetudinario. Cfr. Aa. Vv., *Foreign fighters under international law*, Academy briefing n. 7, Geneva Academy, 2014, 19 e ss.

l'elemento associativo, per cui il combattente è legato ad entità criminali, parastatali o reti terroristiche e viaggia per unirsi alle loro milizie. Nel dodicesimo capoverso preambolare della risoluzione 2178, ad esempio, si enuncia che il sodalizio si sviluppa mediante l'appartenenza a «reti internazionali stabilite dai terroristi e da entità terroristiche fra diversi Stati d'origine, transito e destinazione, attraverso le quali gli FTF e le risorse per sostenerli sono convogliate in un senso o nell'altro». Viene criminalizzata, in particolare, l'attività di reclutamento compiuta da entità come lo Stato Islamico dell'Iraq e del Levante (ISIL) o il Fronte di Al-Nusrah (ANF), così come altre cellule, gruppi affiliati, fazioni o derivati di Al-Qaida⁷⁰. Si tenga, tuttavia, presente che nel caso dei cd. lupi solitari non esiste un vero e proprio vincolo sodale ma soltanto l'ambizione ad aggregarsi o l'emulazione di schemi comportamentali noti. L'elemento associativo non è richiesto, dunque, come *condicio sine qua non*;

l'elemento personale, legato alla qualità di straniero del combattente, che è tale in quanto pone in essere le condotte illecite in uno Stato differente da quello di nazionalità. Non vi è differenza alcuna fra cittadino o residente dello Stato d'origine. La qualità di straniero, peraltro, vale ad escludere che il combattente faccia parte di un esercito o milizia regolare dello Stato di destinazione;

l'elemento ideologico/politico, religioso o propagandistico, familiare o anche etnico rappresenta la motivazione deterministica del combattente. Ad avviso di chi scrive, data l'incertezza probatoria di un sentimento prima di tutto interiore, non può assurgere ad elemento giuridicamente qualificante, se non in quanto abbia assunto una proiezione esterna, materialmente riscontrabile. Non sarebbe sufficiente a ravvisare gli estremi della condotta illecita, dunque, né la semplice adesione morale ad una setta o corrente religiosa, né la partecipazione a corsi di

⁷⁰ Nella direttiva europea, poi, si precisano ulteriormente i requisiti del sodalizio. Sebbene ai fini della sola atto, viene infatti data una compiuta definizione di «gruppo terroristico», i cui reati tipici sono disciplinati dall'intero Titolo III. Un "gruppo terroristico" è, segnatamente, «un'associazione strutturata di più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati di terrorismo. Inoltre, è "strutturata" una «associazione che non si è costituita casualmente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata» (art. 2).

indottrinamento o l'avvalersi di esternazioni informali, occasionali e private, quanto, piuttosto, la manifestazione esterna, verbalmente violenta e radicale di una partecipazione psicologica attiva⁷¹. Nella risoluzione 2178, a tal fine, si specifica che gli FTF «usano la loro ideologia estremista per promuovere il terrorismo», una puntualizzazione che è parsa sufficiente a tal punto da non essere ripresa né dalla direttiva europea né dal Protocollo del CdE, ove risulta assente qualsiasi riferimento alla radicalizzazione islamica come propulsore interiore;

l'elemento finalistico, infine, è quello che pone più problemi. Si sottolinea, infatti, il carattere "terroristico" dell'addestramento o del compimento di atti ma manca evidentemente una nozione unica di "terrorismo" e di "atti terroristici", come si è visto *supra*. Tale nozione, è vero, può essere, e spesso lo è, specificata dai singoli Stati all'atto dell'implementazione pratica delle risoluzioni ONU. Nondimeno, un'attenta dottrina ha fatto notare il rischio che tale carenza provochi interpretazioni contrastanti o arbitrarie⁷².

Talvolta, si verifica una confusione fra la nozione di *foreign fighter* e quella di *foreign-trained fighter*, limitandosi quest'ultimo ad aver ricevuto un addestramento nella zona di ribellione, ai fini della perpetuazione, facilitazione o pianificazione di attacchi terroristici nel suo paese di provenienza. Nella pratica non è agevole percepire il confine tra i due fenomeni tanto che l'ambiguità normativa lascia giustamente un margine di manovra a chi è chiamato ad applicare la legge⁷³.

⁷¹ Sembra confermare questa interpretazione Cass. 30 ottobre 2018, n. 49728, secondo cui (p. 19) «non si incrimina la semplice manifestazione del pensiero o l'intima convinzione di "doverosità etico-religiosa" del singolo, ma la pericolosità che l'adesione stessa a un gruppo organizzato induce e la condizione di pericolo di cui essa condotta adesiva risulta portatrice».

⁷² Cfr. M. Scheinin, *Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters*, in *Just Security*, 2014 reperibile su www.justsecurity.org/15407/post-911-panic-security-council-resolution-foreign-terrorist-fighters-scheinin/. L'autore, in particolare, deplora la fretteolosità, che attribuisce ad una reazione di panico, con cui il Consiglio di Sicurezza ha adottato l'atto. Un'indicazione si può trarre, comunque, dal secondo capoverso preambolare della UNSCR 2379 (2017) secondo cui l'ISIL costituisce una minaccia globale a causa dei suoi attacchi terroristici, la sua ideologia estremista e violenta, i suoi attacchi sistematici, continui e diffuse nei confronti dei civili, le sue violazioni del diritto internazionale umanitario e gli abusi sui diritti umani, in particolare contro donne e bambini, motivati da ragioni etniche o religiose, e infine il loro reclutamento e addestramento di combattenti terroristi stranieri.

⁷³ Non convince, peraltro, la distinzione, riportata da B. Mendelsohn, *Foreign Fighters – Recent Trends*, in *Foreign Policy Research Institute*, Elsevier Limited, 2011, 193 che richiama il pensiero di

All'interno della categoria bisogna, inoltre, distinguere i combattenti terroristi *returnees* e *relocatees*. Gli uni ritornano nel loro Stato di partenza (è indifferente che sia lo Stato di residenza o di cittadinanza)⁷⁴, mentre gli altri si trasferiscono in un nuovo Stato⁷⁵. In questo commento, ci si riferirà indistintamente ad entrambi con la sigla RRFTF, salvo specificare all'occorrenza se certi riferimenti vadano fatti solo ai *returnees* o ai *relocatees*. La minaccia cd. di *blowback*, derivante dal rientro o dall'insediamento *ex novo* di combattenti terroristi stranieri che hanno appena lasciato le zone di conflitto, consiste nel fatto che tali individui, ormai completamente addestrati, possano essere indotti a pianificare o condurre nuovi attacchi terroristici in Paesi terzi⁷⁶. Un'ulteriore minaccia è costituita dalla possibilità che i *returnees/relocatees* conducano attività di propaganda e di istigazione al terrorismo, volte a costituire nuove cellule terroristiche⁷⁷.

M. Sageman, secondo cui i *foreign fighters* non finiscono a fare i terroristi in Occidente, mentre i *foreign-trained fighters* sono addestrati appositamente per questo. L'eterogeneità dei casi non consente, infatti, di poter formulare una così netta suddivisione di ruoli. Cfr. anche la classificazione di D. Malet, *Foreign fighters: transnational identity in civil conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 195 e ss.

⁷⁴Cfr. il diciannovesimo capoverso preambolare della risoluzione 2178, che li definisce «individui in possesso di più di una cittadinanza che viaggiano negli Stati di cittadinanza con lo scopo di perpetrare, pianificare, preparare o partecipare ad atti terroristici ovvero fornire o ricevere addestramento terroristico». Il testo della risoluzione invoca un generico impegno degli Stati ad agire «nel rispetto degli obblighi previsti dalla legge nazionale o internazionale, incluse le leggi internazionali sui diritti umani».

⁷⁵La risoluzione 2178, pur non fornendo una esplicita definizione, sottolinea l'importanza dello sforzo di ciascuno Stato nell'impedire che lo *status* di rifugiato non sia materia di abuso dai *relocatees*. Nel decimo capoverso preambolare della UNSCR 2396 del 2017 vengono definiti come FTF che si trasferiscono da zone di conflitto verso Paesi terzi. Ad ogni stato, inoltre, si raccomanda di non negare l'estradizione dei presunti terroristi adducendo motivazioni politiche.

⁷⁶Gli RRFTF sono presi in considerazione dal tredicesimo capoverso preambolare della UNSCR 2396, che li definisce come coloro che «provano a rientrare nel loro Stato di provenienza o di cittadinanza o in un terzo Stato». Si aggiunge, successivamente, che gli FTF potrebbero viaggiare con altri membri della loro famiglia, specificando che sono tali le persone che hanno portato con loro sin dall'inizio, le famiglie che si venute a costituire nel frattempo o i membri della famiglia nati nelle zone di conflitto. In tali casi, lo Stato dovrebbe indagare sul presunto coinvolgimento dei familiari in attività criminali o di tipo terroristico e puntare a proteggere, in particolare, i minori vulnerabili alla radicalizzazione e alla violenza o soggetti a traumi.

⁷⁷Con riguardo alla propaganda, si pensi ad esempio al cd. *hate speech* di stampo terroristico contro il quale nel nostro ordinamento è azionabile il rimedio dell'espulsione ministeriale. Sul punto cfr. M. Monti, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili costituzionali dell'espulsione ministeriale*, in F. Dal Canto - P. Consorti - S. Panizza (a cura di), *Libertà di*

Come emerge da questo *excursus*, si può constatare che la delimitazione della categoria degli FTF e degli RRFTF è un'operazione che giuridicamente non conduce a risultati netti. Dal complesso delle risoluzioni ONU in materia è, infatti, difficile separare le molteplici dimensioni del fenomeno e, probabilmente, tale sfuggevolezza deriva dalla stessa natura dei combattenti terroristi stranieri, inafferrabile e cangiante⁷⁸. Restano in un cono d'ombra, pertanto, le nozioni di "straniero", "terrorista", "atti terroristici" e "finalità terroristiche", salvo una loro definizione all'interno delle varie normative nazionali. Per alcuni, tale ambiguità è spiegabile col fatto di dover attribuire a un sistema normativo così "pesante" un certo tasso di elasticità che consenta l'implementazione in Paesi dotati di sistemi giuridici profondamente differenti⁷⁹. Per altri commentatori, invece, l'ambiguità sarebbe fonte di eccessiva indeterminatezza e di arbitrio, possibilmente anche sollevando un rischio di compressione dei diritti umani da parte di Stati che adottino norme troppo restrittive o concedano alle autorità poteri oltremodo autoritativi⁸⁰.

5. Strumenti di cooperazione multilaterale e misure di contrasto ai combattenti terroristi stranieri

Per fronteggiare la minaccia degli FTF, il pacchetto di risoluzioni delle Nazioni Unite sulla materia individua una serie di misure estremamente limitative dell'esercizio dei diritti fondamentali.

Al fine di rintracciare il percorso di viaggio del terrorista, viene sacrificato il diritto alla riservatezza⁸¹. Qualora le autorità di pubblica sicurezza sospettino di trovarsi

espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e rischi per la sicurezza, Pisa University Press, 2016, 76 e ss.

⁷⁸ Da qui, dunque, l'esigenza percepita da alcuni analisti di una revisione della risoluzione 2178. Cfr. L. Marini, *Foreign terrorist fighters: verso la revisione della risoluzione 2178 (2014)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1-13.

⁷⁹ Insiste sulla necessità di capire i diversi livelli di "foreignness" dello straniero, B. Mendelsohn, *Foreign*, cit., 192.

⁸⁰ Così, ad esempio, per C. Casiello, *La strategia di contrasto*, cit., 344.

⁸¹ Per la normativa europea che, in reazione al terrorismo, comprime il diritto di riservatezza, cfr. L. Lorello, *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, in *Democrazia e sicurezza*, 1/2017, 9 e ss.

al cospetto di un FTF nell'atto di viaggiare, sono obbligate a notificarne la presenza agli Stati di transito o di destinazione, condividendo informazioni relative alle eventuali altre nazionalità dell'individuo e alle tappe del viaggio che questi ha compiuto (par. 3, UNSCR 2396). Il potenziamento delle attività di *intelligence* e la declassificazione di alcune informazioni, per consentirne l'utilizzo agli agenti di frontiera, investe la *privacy* così come il sistema denominato *Advanced Passenger Information* (API), che assieme al *Passenger Name Record* (PNR) costituisce un nuovo strumento predisposto dall'Organizzazione Internazionale dell'Aviazione Civile.

Il sistema API, in particolare, richiede che i viaggiatori comunichino anticipatamente tutta una serie di informazioni, a pena di diniego di imbarco, mentre il PNR è un codice alfanumerico che viene attribuito ad ogni passeggero dalla compagnia aerea e che serve ad identificarlo univocamente allo scopo di condividere in maniera riservata fra i vettori aerei informazioni relative al tragitto e al gruppo di persone con cui l'individuo sta viaggiando⁸². Il PNR è sempre più diffuso anche tra le compagnie che forniscono servizi di prenotazione hotel, locazione di vetture e trasferimenti via treno, per consentire una piena tracciabilità delle attività del viaggiatore. Infine, gli Stati sono chiamati a predisporre sistemi in grado di raccogliere informazioni biometriche, tra cui impronte digitali, fotografie, riconoscimento facciale e altri metodi di identificazione, allo scopo di individuare in maniera univoca e corretta gli FTF (par. 15, UNSCR 2396).

Il contrasto a questa forma di terrorismo implica, poi, delle restrizioni alla libertà di movimento. Ciascuno Stato, infatti, è chiamato a prevenire gli spostamenti dei terroristi attraverso controlli efficaci delle frontiere nazionali, verifiche sul rilascio delle carte di identità e dei documenti di viaggio, misure per prevenire la contraffazione o l'uso fraudolento di tali documenti (par. 2, UNSCR 2396). A tal fine, si invoca anche la collaborazione delle compagnie aeree, che devono notificare agli Stati informazioni dettagliate sui passeggeri, per capire se questi ultimi

⁸² Sul punto, cfr. L. Pulito, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l'uso del 'passenger name record' per contrastare il terrorismo e altri reati gravi*, in *Processo penale e Giustizia*, 6/2018, 1138-1149.

intendono partire, transitare o giungere nel territorio di un dato Stato (par. 9, UNSCR 2178).

Le Nazioni Unite chiedono altresì un rafforzamento della cooperazione internazionale, regionale e sub-regionale sul piano della prevenzione, affinché si possa impedire ai terroristi di sfruttare le tecnologie informatiche e di comunicazione per pianificare i viaggi (par. 22, UNSCR 2396). Senza pregiudizio per i processi in corso, lo Stato deve impedire l'ingresso o il transito di qualsiasi individuo che sia sospettato di viaggiare con lo scopo di commettere atti legati al terrorismo, attività preparatorie o qualsiasi atto che induce a credere che l'individuo sia associato con Al-Qaida.

Un problema di compatibilità con i diritti fondamentali, e segnatamente il diritto alla difesa, è dato dalle strategie che ciascuno Stato è invitato a porre in essere per indagare e perseguire i combattenti terroristi stranieri, la cui specificità è data dalla possibile sospensione o deroga delle tradizionali garanzie procedurali (par. 18, UNSCR 2396). Potrebbe subire variazioni, ad esempio, la normativa del diritto d'asilo e il divieto di estradizione (cd. *non refoulement*). La necessità di bloccare ogni tipo di supporto finanziario al terrorismo ha già portato a sacrificare il diritto di proprietà e la libera circolazione dei capitali, essendosi inaspriti i controlli sui conti correnti bancari da cui possono discendere provvedimenti di congelamento dei beni e dei conti in banca.

Infine, alcune misure introducono innovazioni che potrebbero incidere sulla libertà d'espressione e di pensiero, come ad esempio le limitazioni allo sfruttamento della tecnologia informatica e dei mezzi di comunicazione per bloccare forme violente di istigazione al compimento di atti terroristici (par. 13, UNSCR 2178) o impedire l'uso di internet e dei social media ai fini del reclutamento e della propaganda (par. 14). L'interdittività di simili misure comporta il rischio che dalla prevenzione possano risultare atti di censura o debordanti limitazioni del pluralismo soprattutto quando, data la mole dei dati diffusi sul *web*, le piattaforme di discussione virtuali

o le reti sociali vengano sottoposte alla moderazione di software automatizzati che oscurano i contenuti in presenza di precise parole chiave⁸³.

6. Il recepimento italiano: dal pacchetto antiterrorismo del 2015 alle novità del cd. Decreto Sicurezza

Facendo seguito alle raccomandazioni internazionali ed europee, l'Italia ha provveduto al recepimento delle disposizioni seguendo in maniera decisa una linea di politica legislativa di prevenzione.

Spinto da motivi emergenziali, tra cui l'ineludibile esigenza di dare una risposta al rafforzamento del Califfato e alla recrudescenza dei cd. lupi solitari dopo i tragici attacchi di Parigi, il legislatore ha ripreso il solco delineato dalla legislazione antiterrorismo degli anni di piombo⁸⁴ e dal decreto Pisanu del 2005⁸⁵. L'Italia, infatti, non è immune dal fenomeno dei *foreign fighters*, come riportano dettagliatamente alcuni studi⁸⁶. Sembra interessante rimarcare che, a differenza degli altri paesi europei coinvolti, come Francia, Regno Unito, Germania, Belgio o Spagna, i cd. *jihadisti italiani* sono solo in minima parte individui di nazionalità italiana, trattandosi per lo più di immigrati di prima generazione⁸⁷. Questo spiega

⁸³ Simili previsioni sono richiamate, peraltro, anche dall'ultimo aggiornamento della strategia globale al terrorismo (A/RES/70/291) predisposta dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. In particolare, gli Stati sono incitati a cooperare per arrestare il flusso di FTF in quanto facilitato dal *web*, anche in considerazione del reclutamento di nuovi combattenti fra gli utenti minori. Sul tema dell'automatizzazione nelle decisioni, si consiglia la lettura del contributo di M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 1-22.

⁸⁴ D.l. 15 dicembre 1979, n. 625 convertito nella L. 6 febbraio 1980, n. 15, che ha dato adito alla nota sentenza della Corte cost. n. 15 del 1982, su cui A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, 108 e ss.; L. 29 maggio 1982, n. 304.

⁸⁵ D.L. 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale convertito nella L. 31 luglio 2005, n. 155.

⁸⁶ Cfr. F. Marone - L. Vidino, *Destinazione Jihad*, cit., *passim* e anche L. Vidino, *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, ISPI, Milano, 2014. Per la casistica italiana si vd. anche S. Dambruoso, *Jihad. La risposta italiana al terrorismo: le sanzioni e le inchieste giudiziarie*, Roma, Dike, 2018, 3 e ss. Essendo un fenomeno normativamente nuovo, si impongono ai giuristi notevoli sforzi ermeneutici. Cfr. L. Della Torre, *Tra guerra e terrorismo: le giurisprudenze nazionali alla prova dei foreign fighters*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, 163 e ss.

⁸⁷ Da qui discende la differenza con le discipline degli altri paesi, molto più severe, come si evince sommariamente da C. Gazzetta, *Sicurezza, terrorismo e cittadinanza: la nuova legislazione francese anti-terrorismo e l'impegno internazionale contro i cd. foreign fighters*, in *Democrazia e sicurezza*, 3/2015, 1-25.

perché l'approccio italiano nella lotta agli FTF è strettamente connesso con le problematiche legate al contrasto dell'immigrazione irregolare⁸⁸.

Rispetto al fenomeno dei combattenti terroristi stranieri, occorre tenere in considerazione principalmente tre atti normativi:

il decreto legge 7 del 2015, modificato dalla legge 43 del 2015, che ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di "misure urgenti per il contrasto del terrorismo", tra cui spicca l'art. 270-*quater*.1 sul viaggio con finalità di terrorismo⁸⁹;

la legge 153 del 2016, che ha rafforzato il diritto penale speciale in materia di contrasto al terrorismo ed ha autorizzato alla ratifica alcuni strumenti internazionali sul terrorismo, tra cui rileva ai presenti fini il Protocollo Addizionale alla Convenzione di Riga⁹⁰;

da ultimo, anche il d.l. n. 113 del 2018 (cd. decreto Sicurezza) convertito con modifiche dalla l. n. 132 del 2018, che da un lato interviene sulla disciplina in materia di revoca della cittadinanza e dall'altro inserisce nel Titolo II ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla

⁸⁸ Sul problema della relazione di "sospetto" che si sta instaurando fra migranti e terrorismo, in violazione a un contrapposto obbligo di accoglienza che l'autore tenta di dimostrare sussistente in capo agli Stati, cfr. G. Guarino, *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. Stasi - L. Kalb (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea: atti del convegno di diritto pubblico e di teoria e storia delle istituzioni*, Napoli, Ed. Scientifica, 2013, 23 e ss.

⁸⁹ Decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7 recante "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione" in G.U. Serie Generale n. 41 del 19-02-2015, convertito con modificazioni dalla l. 17 aprile 2015, n. 43 (in G.U. 20/04/2015, n. 91). Per il testo coordinato con le modifiche, si vd. www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/04/20/15A02961/sg.

⁹⁰ Legge 28 luglio 2016, n. 153 recante "Norme per il contrasto al terrorismo, nonché ratifica ed esecuzione: a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; b) della Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; c) del Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatto a Strasburgo il 15 maggio 2003; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015" in G.U. Serie Generale n. 185 del 09-08-2016.

criminalità mafiosa”) nuove disposizioni che sembrano parzialmente attuative delle misure richieste dall’ONU⁹¹.

Cominciando dalle novità introdotte al codice penale, va sottolineato l’ampliamento dello spettro di punibilità di alcune fattispecie in modo da poter includere condotte e situazioni legate alla figura dei combattenti terroristi stranieri⁹². Le modifiche sono intervenute principalmente sul capo I del Titolo dedicato ai delitti contro la personalità internazionale dello Stato. Il legislatore, infatti, ha preso atto della più volte rilevata dimensione transnazionale del fenomeno degli FTF, giustificando in tal modo la collocazione sistematica in questo capo⁹³.

L’articolo che più si avvicina al fenomeno dei combattenti terroristi stranieri è il 270-*quater*.1 c.p. che punisce con la reclusione da cinque a otto anni la condotta di chi «organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero» finalizzati al compimento di reati legati al terrorismo⁹⁴. È evidente sin da subito, dunque, come il legislatore non abbia ritenuto di dare uno specifico rilievo criminoso alla condotta

⁹¹ Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante “Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”, in G.U. n. 231 del 4 ottobre 2018, convertito con modifiche dalla legge 1 dicembre 2018, n. 132 recante “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate” in G.U. Serie Generale n. 281 del 3 dicembre 2018.

⁹² Per una rassegna dei contenuti del d.l. n. 7, cfr. L. Di Majo, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale: contenuti e novità*, in *Democrazia e sicurezza*, 2/2015, 109 e ss. Cfr. anche, prima delle novità legislative, V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013, 186 e ss.

⁹³ Sulle modifiche in materia di contrasto al terrorismo, cfr. *ex plurimis* R.E. Kistoris - F. Viganò (a cura di), *Il nuovo pacchetto antiterrorismo*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*. Diverse sono le censure mosse da A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2015, 2 e ss. e da C.D. Leotta, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla L. 17 aprile 2015, n. 43*, in *Archivio penale*, 1/2016, 11-26. Si sofferma sui profili processualistici L. Filippi, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1212 e ss.

⁹⁴ Si introduce altresì la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, se è coinvolto un minore.

di chi decida di viaggiare al di fuori del territorio italiano per combattere con finalità di terrorismo. La giurisdizione italiana, pertanto, si limita a punire la sola figura che pone in essere condotte sul suolo italiano, quali possono essere quelle legate all'organizzazione, promozione o finanziamento. Nemmeno l'attività di chi pianifica un viaggio per diventare un terrorista *foreign fighter* è oggetto di autonoma considerazione.

Si modifica la fattispecie dell'arruolamento di personale con finalità di terrorismo, sanzionandola sia dal lato attivo che dal lato passivo (nuovo secondo comma dell'art. 270-*quater* c.p.)⁹⁵. Diversamente, nel caso di addestramento, la norma punisce non solo addestratore e addestrato, ma anche chi si addestra in maniera autonoma⁹⁶. L'addestramento si estrinseca nel possesso di «istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo» anche internazionale (art. 270-*quinqüies* c.p.). Tale norma consente, peraltro, l'incriminazione anche dei cd. lupi solitari⁹⁷. A completamento, si introducono sanzioni, amministrative e penali, per colpire le violazioni degli obblighi in materia di controllo della circolazione di sostanze esplodenti e "precursori esplosivi" con i quali si possono fabbricare ordigni avvalendosi di materiali reperibili in negozi comuni.

La l. 153 del 2016, con finalità di adeguamento agli impegni internazionali, ha successivamente aggiunto due nuove fattispecie delittuose utili anche alla prevenzione del fenomeno degli FTF: l'art. 270-*quinqüies*.1, che punisce il

⁹⁵ Si vd. F. De Marinis, *Considerazioni minime intorno al tentativo di arruolamento, tra legislazione e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2017, 71 e ss.; A.A. Dalia, *Le nuove norme di contrasto al terrorismo: commento al decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milano, Giuffrè, 2006, 527.

⁹⁶ Sulla nozione di addestramento come indizio significativo alla intraneità di un soggetto in un'associazione terroristica, si vd. la recente sent. della Cassazione, 1970/2019, 8.

⁹⁷ Cfr. F. Viganò, *Minaccia dei 'lupi solitari' e risposta dell'ordinamento: alla ricerca di un delicato equilibrio tra diritto penale, misure di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in R.E. Kostoris - F. Viganò (a cura di), *Il nuovo pacchetto*, cit., IX.

finanziamento di condotte con finalità di terrorismo, e l'art. 270-*quinquies*.2 che punisce la sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento di atti con finalità di terrorismo. La formulazione di entrambi gli articoli è tale da coprire l'ipotesi del finanziamento di viaggi a scopo di terrorismo. In sostanza, rispetto alle cinque ipotesi delittuose previste dal Protocollo addizionale, manca soltanto il recepimento della fattispecie del compimento di viaggi all'estero a fini di terrorismo. Tuttavia, va detto che lo stesso decreto legge 7 del 2015 ne considera gli autori come possibili destinatari di misure di prevenzione personali. Grazie alle modifiche apportate al d.l. 159 del 2011 (cd. Codice Antimafia) è oggi infatti possibile applicare tali provvedimenti a coloro che, in gruppo o isolatamente, «pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi» diretti a commettere, tra le altre cose, «reati con finalità di terrorismo ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue finalità terroristiche» (art. 4, primo comma, lett. d).

Ecco, dunque, una misura attraverso cui fa ingresso nel nostro ordinamento la figura dei combattenti terroristi stranieri. Si sceglie, tuttavia, una nozione che si limita ad afferrare solo la dimensione potenziale: non sono ancora combattenti poiché o hanno soltanto compiuto "atti preparatori" del viaggio ovvero, qualora abbiano compiuto "atti esecutivi" volti a prendere parte al conflitto, ciò implica che non vi hanno ancora preso parte poiché, altrimenti, trovandosi già all'estero, le misure di prevenzione sarebbero *inutiliter data*.

Al riscontro di simili condizioni, ad ogni modo, il questore può disporre misure ordinarie quali la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. Inoltre, a seguito delle modifiche del 2015, se la persona è indiziata di voler effettuare il viaggio, il questore può ordinare, nei casi di necessità ed urgenza, il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro

documento equipollente (art. 9, comma 2 *bis*)⁹⁸. Le modifiche al Testo unico sull'immigrazione consentono, invece, al prefetto di espellere lo straniero sospettato di porre in essere le medesime condotte.

Bisogna peraltro rammentare il ruolo di chiusura rivestito dall'art. 270-*sexies*. Nella parte finale, infatti, al fine di definire le altre condotte "terroristiche" o "commesse con finalità di terrorismo", la norma compie un rinvio materiale a convenzioni o altre norme di diritto internazionale cui l'Italia si sia vincolata. Si può così permettere l'ingresso nel nostro ordinamento anche a quell'ipotesi di reato prevista dall'art. 4 del Protocollo Addizionale che il legislatore italiano aveva ommesso, a norma del quale si richiede agli Stati la punibilità di chi compie «illecitamente e intenzionalmente» un viaggio con finalità di terrorismo. Resta il fatto che l'incriminazione di un individuo, autore di atti preparatori di un viaggio presupporrebbe in ogni caso – anche solo ai fini probatori – la commissione di altre, più agevolmente constatabili ipotesi di reato, quali l'essere soggetto passivo di reclutamento o addestramento. Questo confermerebbe la natura residuale del rinvio.

Oltre alle misure di prevenzione personale, è necessario dar conto della disciplina introdotta dal recentissimo decreto Sicurezza. Si è già affermato che l'indiziato straniero può essere destinatario di un provvedimento d'espulsione. Modificando la legge sulla cittadinanza del 1992⁹⁹, si prevede la sanzione accessoria della revoca agli stranieri che abbiano ottenuto la cittadinanza italiana e che siano successivamente colpiti da condanna definitiva per reati legati al terrorismo¹⁰⁰.

⁹⁸ Alcuni paesi sono andati oltre, permettendo anche la misura della revoca della cittadinanza non solo come misura di tipo repressivo, ma anche preventivo, cosa che suscita dubbi di compatibilità con i diritti umani. Cfr. C. Casiello, *La strategia di contrasto*, cit., 378 e ss.; O. Pfersmann, *L'état d'urgence*, cit., 15.; D. Ponte, *Cittadinanza, con rischio terrorismo si applica la revoca* (D.L. 4 ottobre 2018 n. 113), in *Guida al Diritto*, 45/2018, 67-70; L. Panella, *La revoca della cittadinanza nel quadro della lotta al terrorismo internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 464.

⁹⁹ Si introduce un nuovo art. 10-*bis* nella Legge 5 febbraio 1992, n. 91 recante "Nuove norme sulla cittadinanza", in G.U. n. 38 del 15 febbraio 1992.

¹⁰⁰ In particolare, per condanna ad uno dei seguenti reati: delitti commessi per finalità di terrorismo 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 anni, partecipazione ad associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione

Misura che suscita perplessità a causa della disparità di trattamento rispetto al *foreign fighter* italiano.

Se si isolano le condotte che più da vicino coinvolgono le figure dei combattenti terroristi stranieri, è agevole dedurre che le scelte di politica criminale operate dal legislatore d'urgenza hanno provocato uno spostamento della sede decisionale dal giudice all'autorità di pubblica sicurezza¹⁰¹. Sembra che il legislatore d'urgenza voglia ottenere un'anticipazione significativa della soglia di rilevanza penale dei comportamenti, aumentando le ipotesi di reato di pericolo per prevenire l'arrecamento del danno¹⁰². Il valore della sicurezza, infatti, è considerato di importanza primaria dinanzi all'estrema offensività del terrorismo. La latitudine nei poteri di repressione e prevenzione scaturisce dalla matrice emergenziale di tali leggi: tutte le misure sono accomunate dall'essere "urgenti".

Resta da vedere, invece, come un siffatto insieme di norme penali possa essere compatibile con la nostra Costituzione¹⁰³. Il Protocollo addizionale, ad esempio, impone a ciascuno Stato, nel formulare le proprie qualifiche di reato, di tener conto «degli obblighi in materia di diritti umani, in particolare del diritto alla libertà di circolazione, alla libertà d'espressione, alla libertà d'associazione e alla libertà di

dell'ordine democratico come anche l'assistenza agli associati (art. 270-ter c.p.) e, infine, la sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo (art. 270-quinquies.2 c.p.)

¹⁰¹ Non è isolata in dottrina la posizione di chi ritiene che la legislazione antiterrorismo provochi un'alterazione del tradizionale equilibrio dei poteri, a favore di un inedito verticismo dell'esecutivo. Così, A. Di Giovine, *Guerra e democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, XVI; P.A. Capotosti, *Le politiche della sicurezza: i nuovi equilibri tra parlamento e governo*, in Aa.Vv., *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee: atti del 18esimo convegno annuale AIC*, Padova, Cedam, 2007, 92 e ss. *Contra*, G. De Vergottini, *Guerra e costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 258.

¹⁰² Si è detto, infatti, che il legislatore ha approntato un vero e proprio «arsenale» di misure da cui poco può sfuggire. Così, D. Albanese, *Le motivazioni della Corte d'assise di Milano sul "Caso Fatima": spunti di riflessione su terrorismo internazionale e organizzazione di trasferimenti ex art. 270-quater.1 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, 353.

¹⁰³ Si consideri, ad esempio, il principio di tassatività: l'intento del legislatore della novella, infatti, sembra essere quello di estendere oltre ogni limite il perimetro della condotta proibita, per far fronte al problema dell'imprevedibilità della minaccia terroristica, della sua estrema latitudine e della variabilità nelle modalità operative, sino a farvi ricomprendere qualsiasi condotta astrattamente sussumibile nell'intento terroristico, anche, talvolta, quelle di "pericolo del pericolo".

religione» (art. 8), evidenziando come le politiche antiterrorismo rischino di comprometterne la piena fruizione.

7. Conclusioni e aspetti problematici

Il fenomeno dei combattenti terroristi stranieri è l'ultima modalità esplicativa delle minacce derivanti dal terrorismo e incarna in modo esemplare il problema del bilanciamento fra il valore della sicurezza nazionale e la tutela dei diritti fondamentali¹⁰⁴. È giunto, quindi, il momento di affrontare il tema della compatibilità costituzionale del modello di prevenzione con lo Stato di diritto, nel tempo della cronicizzazione dell'emergenza. Un tema non nuovo visto che l'Italia, tra la fine degli anni Sessanta e gli anni Ottanta, ha vissuto i cd. anni di piombo, dovendosi misurare con una violenta stagione di terrorismo.

Le possibili risposte che si possono dare alla minaccia dei combattenti terroristi stranieri sono suscettibili di mettere a dura prova la tenuta della nostra Costituzione, riaprendo una questione controversa ed annosa quale è quella dei poteri d'emergenza. Le misure che gli Stati vengono incoraggiati a prendere dagli organismi multilaterali fanno, infatti, sorgere il dubbio di uno smarrimento dei capisaldi del nostro sistema in materia di tutela dei diritti e delle libertà. Ciò dà vita a un pendio scivoloso sopra il quale è difficile compiere *ex ante* un test di ragionevolezza sugli interventi limitativi delle libertà¹⁰⁵.

La domanda finale è la seguente: quale sarà la sorte delle misure preventive una volta che la minaccia del terrorismo verrà estirpata? È lecito parlare di "eccezione" anche nel caso in cui non vi sia un termine massimo di durata, essendo la minaccia indefinita nell'*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*?

¹⁰⁴ C'è chi ha sostenuto che la figura del combattente illegale è una categoria inventata *ex novo*, che non garantisce diritto alcuno a chi viene accusato. Cfr. M. Walzer, *La libertà e i suoi nemici*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 7. Recente è il contributo di D. Del Vescovo, *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Nomos*, 1/2018, 1-33, che discute l'aspetto del diritto alla difesa dei sospetti terroristi inseriti in *blacklist* da provvedimenti adottati dalle istituzioni europee.

¹⁰⁵ Sul tema, in chiave filosofica, S. Hook, *The paradoxes of freedom*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1970, 47-48.

Gli FTF sono destinatari a livello internazionale di tutta una serie di misure la cui compatibilità con i principi di proporzionalità, tassatività, irretroattività e ragionevolezza, presenti nel nostro ordinamento, resta assai dubbia¹⁰⁶. L'attenta dottrina penalistica ha dato luogo ad un prolifico dibattito sull'idea di "diritto penale del nemico", un diritto speciale che lo Stato sarebbe costretto ad escogitare per combattere minacce come il coinvolgimento di individui radicalizzati in attività terroristiche e destabilizzanti¹⁰⁷. La deroga ai principi della Costituzione sarebbe quindi *eccezionalmente* sorretta dal preminente obiettivo di tutela della sicurezza nazionale e del benessere collettivo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. le riflessioni di R. Barberini, *Il diritto penale e la legislazione di emergenza contro il terrorismo*, in *Questione Giustizia on-line*, 2015, secondo cui la legge penale sarebbe connotata da un'«evidente insufficienza [...] a disciplinare le complesse situazioni generate» dal terrorismo transnazionale, un fenomeno «letale» che richiede interventi *ad hoc* anche, possibilmente, accettando una forte anticipazione della soglia di punibilità. Nell'intraprendere questa strada, secondo Barberini, il legislatore deve tuttavia restare prudente, poiché pur avvalendosi della legislazione d'emergenza deve sempre assicurarsi che il contenuto normativo di ciò che dispone sia compatibile con la Costituzione e non sottragga la dovuta tutela ai diritti fondamentali.

¹⁰⁷ L'idea del diritto penale del nemico discende da una teorizzazione del filosofo e giurista tedesco G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97, 1985, 751-785 poi rivista e ampliata, in funzione delle nuove minacce legate al terrorismo di matrice islamica in *id.*, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 3/2004, 88-95 disponibile in: www.hrr-strafrecht.de. A partire da esso, si è creato un cospicuo dibattito giuridico, che in Italia si sviluppa solo a partire dal 2006, come evidenziato in M. Donini - M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, Giuffrè, 2007. *Ivi*, da 5 e ss., è contenuta una traduzione italiana a cura di F. Resta del saggio di G. Jakobs. Cfr. anche A. Gamberini - R. Orlandi, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi, 2007; F. Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, 530 e ss.; V. Corneli, *Francia e emergenza terroristica: un diritto penale del nemico?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2015, 8 e, infine, per i profili d'oltreoceano, J.A.E. Vervaele, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: un diritto penale del nemico?*, in C. De Maglie - S. Seminara, *Terrorismo*, cit., 237 e ss.

¹⁰⁸ In tal senso muovono le riflessioni di in giudice, Lord Denning, in un caso giuridico britannico, riportate da D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 161, ed espresse in *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, in [1977] 1 W.L.R. 766: il signor Hosenball è un pericolo per il Paese, così ha stabilito l'esecutivo. Non si tratta, quindi, di un caso ordinario, ma «it is a case in which national security is involved, and our history shows that, when the state itself is endangered, our cherished freedoms may have to take second place. Even natural justice itself may suffer a set-back». Inoltre, il terrorismo, con la sua finalità di seminare il panico nella popolazione, agisce contro obiettivi non identificati a priori, ma scelti in maniera indiscriminata, e punta così ad infondere un generale senso di insicurezza nel tentativo di annientare la capacità dello Stato di ripristinare l'ordine. Sul punto si veda anche G. De Minico, *Costituzione ed emergenza*, cit., 2-22.

Eppure, può il sospettato o l'accertato terrorista essere considerato un *hostis humanis generis* al quale non è giusto riconoscere alcun diritto? È possibile, adducendo un caso di eccezionale gravità quale è l'atto terroristico, restare indifferenti dinanzi alle violazioni che scaturirebbero, ad esempio, da un'eccessiva imprecisione nel contenuto delle prescrizioni incriminatrici?

Il filosofo tedesco Günther Jakobs ha provato a dare una lettura¹⁰⁹: l'eccezionalità di un regime derogatorio di questo tipo sarebbe sorretta da una volontà popolare che domanda "più sicurezza", una sorta di *opinio juris* dei cittadini che abilita e "nobilita" un generico "dovere dello Stato" di tutelare i principi liberaldemocratici¹¹⁰. Di conseguenza, coazione penale e misure di sicurezza, essendo mezzi simbolici atti a rassicurare la collettività, prima ancora che misure valide a reprimere l'evento pericoloso (l'atto di terrorismo), fondano il diritto penale del nemico, dotato di una maggiore intensità visto che si dirige verso un *nemico per eccellenza* della collettività.

Ma se l'emergenza impone un sacrificio nella tutela dei diritti, volgendosi principalmente al responsabile della crisi stessa, che nel suddetto caso è il combattente terrorista, bisogna pur sempre considerare che quest'ultimo resta titolare di posizioni giuridiche le quali, in quanto attinenti alla dignità della persona umana, sono pur sempre diritti soggettivi costituzionalmente garantiti¹¹¹.

Anche volendo accettare, non senza un qualche turbamento, che norme fondate sul presupposto della necessità possano derogare al contenuto di quei diritti, protetti

¹⁰⁹ Cfr. 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.

¹¹⁰ Come adombrato da Grasso, che richiama il pensiero di Rousseau nei seguenti termini: «Il Rousseau (*Contratto sociale*, lb. IV, cap. VI) a proposito della dittatura accoglieva una sorta di presunzione legale, nel senso di assumere a contenuto della volontà del popolo la conservazione dello Stato». Cfr. P.G. Grasso, *Necessità (stato di)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 870.

¹¹¹ Sul punto bisogna ricordare i contributi di chi ha criticato duramente lo stato d'eccezione venutosi a creare, in particolare, negli Stati Uniti dopo l'11 settembre, interpretato come sfregio al diritto internazionale e come imposizione schmittiana del decisionismo sovrano dello Stato. Così, per esempio, rileva lo status dei detenuti di Guantanamo, «oggetto di una pura signoria di fatto». Cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione: Homo sacer*, 2., 1., Torino, Bollati Boringhieri, 2003, 13. Per uno sguardo unitario sull'ordinamento statunitense cfr. F. Lanchester, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, in *Rivista AIC*, disponibile online su archivio.rivistaaic.it/dibattiti/vicendeinternazionali/index.html.

persino in caso di revisione costituzionale, tali eccezioni dovrebbero rimanere assolutamente contingibili, temporanee ed estremamente definite¹¹².

Il problema, tuttavia, sorge quando la deroga, la restrizione o la sospensione non è più subordinata dal protrarsi della crisi "eccezionale"¹¹³. Una crisi che si stabilizza, si cronicizza e perdura sino a un tempo indefinito innesca un nuovo tipo di regime, ancora per lo più inedito¹¹⁴. Alcuni lo chiamano il regime della paura, "*the law of fear*", dove il margine di discrezionalità del legislatore diventa più ampio perché la repressione della minaccia costituisce un attributo insopprimibile della sua sovranità¹¹⁵. Altri lo definiscono, come si è visto, "stato di prevenzione". Fatto sta che la paura che il terrorismo incute alla collettività sembra quasi evocare richiami rousseviani: è il popolo a volere queste misure, è il popolo a ritenerle necessitate, e dunque, legittime, sotto la costrizione di un sentimento di paura.

Il reato si dissocia dai tradizionali confini territoriali per diventare offensivo di un bene giuridico a protezione globale: l'ordine pubblico mondiale e la sicurezza nei paesi democratici. È questo che sembra giustificare l'incredibile dilatazione del perimetro delle misure¹¹⁶. La legislazione sull'antiterrorismo appartiene a questo mondo: un mondo indefinito ma che deve restare contenibile. Anche se ci si aspetta

¹¹² Con riguardo ai poteri eccezionali nel Reich, G. Morelli, *La sospensione*, cit., 242 argomenta che «tutti i poteri [...] sono attribuiti in funzione di una situazione eccezionale e per il superamento di quella situazione: conferma ne è proprio il fatto che l'esplicita previsione della sospensione di alcuni disposti costituzionali è dichiarata limitata nel tempo».

¹¹³ Cfr. I. Ciolli, *The new challenges of constitutional Courts: global markets, terrorism and immigration. The Italian case*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 3/2017, 579.

¹¹⁴ Secondo R. Bartoli, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, 233 e ss., la lotta al terrorismo sta portando all'affermazione di un «paradigma a tutela talmente anticipata che si pone in contrasto non tanto con i principi di garanzia elaborati per il diritto penale della "normalità", ma addirittura con gli stessi principi elaborati per il diritto penale dell'emergenza "tradizionale"». Cfr. anche S. Centonze - L. Giovedì, *Terrorismo e legislazione d'emergenza*, Key, 2016.

¹¹⁵ L'espressione si deve a C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, ed. orig. *Laws of fear. Beyond the precautionary principle* (2005), Bologna, Il Mulino, 2010, in part. 53 e ss. Cfr. G. De Minico, *Costituzione*, cit., 61, per cui la *law of fear* muove da un assunto di base, che è quello della prevenzione che un evento futuro e incerto si concretizzi in un danno attuale e certo.

¹¹⁶ Sul punto, cfr. i risultati dello studio curato da P. Quercia, *I foreign fighter europei. Contributi per una riflessione strategica*, Osservatorio strategico 2015, disponibile su www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/CeMiSS/Pubblicazioni/OsservatorioStrategico/Documents/OsservatorioStrategico/2015/Supp_num_1_2015.pdf.

che il legislatore sia sempre reattivo nel fronteggiare il contenimento di nuove minacce, è sempre al giudice che spetta il sindacato finale sulla congruità e ragionevolezza¹¹⁷, senza per ciò stesso dover tollerare l'espansione abnorme della potestà punitiva¹¹⁸. Il ruolo del giudice, dunque, resta fondamentale.

Questi dovrà anche tener conto delle privazioni imposte ad altri individui, come i familiari. Si pensi alle donne o ai minori, che patiscono le sofferenze ed il disagio dell'inasprimento delle misure, tutt'al più qualora siano essi stessi vittime del sodalizio criminale¹¹⁹.

Sul piano costituzionale è stato argomentato che lo strumento del decreto legge, pur consentendo una reazione rapida alla minaccia del terrorismo, non potrebbe diventare una risposta ordinaria ad esso, altrimenti il Parlamento ne risulterebbe emarginato¹²⁰. Non a caso, infatti, nel caso eccezionale di una guerra, spetta a

¹¹⁷ E qui che Bin intravede nel ruolo del giudice il varco per poter «riportare lo stato d'emergenza all'interno di un sistema controllabile». R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, cit., 53.

¹¹⁸ Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte costituzionale n. 432 del 2007, in cui il giudice rimettente si duole della menomazione del diritto di difesa dello straniero, impossibilitato, a causa dell'omessa previsione legislativa, a chiedere la sospensione in via cautelare del provvedimento di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo. Mentre l'Avvocatura richiama precedenti giurisprudenziali della Corte per far leva sulla legittimità di norme che, per rispondere ad esigenze eccezionali, comprimono la tutela di alcuni diritti, il giudice di legittimità non vuole cogliere l'interpretazione prospettata da entrambe le parti e decide di non esprimersi sul punto. Chiude la questione, invece, con una pronuncia di inammissibilità fondata sull'irrelevanza dell'ordinanza di rimessione, giungendo comunque a salvare le disposizioni di legge contestate. Cfr. S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, Ed. Scientifiche, 2009, *passim*.

¹¹⁹ Per P. Bonelli, *Terrorismo*, cit., 242, fra i principi fondamentali, inderogabili anche durante le situazioni di emergenza, c'è anche quello del «diritto alla conservazione della vita» delle vittime innocenti durante un conflitto, delle persone sospettate o condannate per atti di terrorismo. L'A. sul punto fa l'esempio della legge sulla sicurezza aerea tedesca, che consentiva al Ministro della Difesa di ordinare l'abbattimento di un aereo civile dirottato da terroristi con l'intento di trasformarlo in arma impropria come avvenuto nei fatti dell'11 settembre 2001. Ebbene, tale legge è stata dichiarata dal BVerfG parzialmente incostituzionale poiché viola il diritto alla vita delle persone innocenti presenti sull'aereo dirottato, senza alcuna via di salvezza.

¹²⁰ Cfr. le conclusioni di G. De Minico, *Costituzione*, cit., 280. E invece accade che «la normalizzazione dell'emergenza comporta l'uso delle fonti ordinarie e in particolare del decreto legge nella generalità degli ordinamenti, compresi quelli che hanno previsto in costituzione regimi giuridici derogatori dei diritti in connessione alla gestione delle emergenze». Così, G. De Vergottini, *La difficile convivenza*, cit., 439. All'opposto, è nota la teoria di C. Esposito, *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, 1962, 852 e ss. per cui sono ammissibili dei decreti legge che superino gli stessi limiti della legge ordinaria. La conferma di ciò verrebbe dalla connessione con l'interpretazione dell'art. 78 Cost. nel senso che poiché in tempo di guerra può scaturire la necessità di «provvedimenti sospensivi di garanzie costituzionali», analogamente in tempo

quest'ultimo esprimersi con una votazione ai sensi dell'art. 78 Cost.¹²¹. Di contro, il Governo è indotto a prescegliere tecniche alternative e strumenti sempre più ibridati¹²².

Quale sarà, dunque, la sorte delle misure restrittive quando la minaccia non sarà più attuale? Razionalmente, dovrebbe potersi immaginare una riespansione dei diritti a motivo del "ritorno alla normalità". Ma l'idea che la minaccia del terrorismo possa un giorno "finire" non sembra al momento persuasiva: potrebbero volerci anni, decenni o forse potrebbe diventare, come assai probabile, una costante nelle relazioni internazionali¹²³. E così, quello stato d'eccezione, il cui principale attributo era la temporaneità, si trasfigura per adattarsi a questa realtà storico-politica in continua mutevolezza. Diventa "stato di paura", frutto di un'inedita mescolanza fra norme in tempo di pace e norme in tempo di guerra¹²⁴. In tale contesto, dunque, l'obiettivo che un legislatore si può legittimamente prefiggere è quello di riconoscere che la lotta al terrorismo e la protezione dei diritti umani possono e devono rappresentare degli scopi non più confliggenti, ma che si

ordinari «vi sono leggi ordinarie che, in rapporto alla necessità delle situazioni, possono legalizzare provvedimenti che vanno oltre il disponibile con legge ordinaria».

¹²¹ Il dibattito sull'art. 78 è molto articolato e si esclude, in questa, sede una sua compiuta trattazione per ovvi motivi di contenimento del discorso. Tuttavia, si segnala il contributo di P. Carnevale, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, 2002, V, 4526, che si chiede se è possibile prefigurare un argomento *a similia* per poter utilizzare l'art. 78 Cost. non soltanto in presenza di un conclamato stato di guerra ma anche nella "correlativa guerra" profilata dal fenomeno terroristico.

¹²² Come è stato rilevato, infatti, esisterebbe una vera e propria lacuna costituzionale sull'emergenza interna. Se dinanzi ai pericoli derivanti dalla guerra, esiste l'assetto costituzionale attivabile dagli artt. 78, sui poteri straordinari del governo, 64 comma 2 sulla *prorogatio* delle Camere, nulla dispone la Costituzione circa le situazioni di emergenza interna, posto che il terrorismo possa configurare una simile ipotesi. In realtà, il terrorismo di matrice jihadista è una figura ibrida, che incide sulle istituzioni interne e sugli equilibri internazionali. Cfr. G. De Vergottini, *La difficile convivenza*, cit., 430 e ss.

¹²³ Diventa in questo senso ancora più suggestiva la proposta di B. Ackerman, *La Costituzione di emergenza*, cit., 19, secondo cui, al fine di permettere al governo di esercitare una sua "funzione rassicurativa" di fronte a crimini come il terrorismo, è opportuno «delineare un quadro costituzionale per uno stato temporaneo di emergenza che ponga il governo in grado di esercitare la funzione rassicurativa senza apportare danni duraturi ai diritti individuali».

¹²⁴ In tal senso, G. De Vergottini, *La difficile convivenza*, cit., 428 parla di «tendenziale superamento della distinzione fra diritto normale e diritto eccezionale» tale per cui emergono situazioni ibride, a metà fra lo stato di pace e lo stato di guerra. Dello stesso autore, si vd. *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 202 e ss.

rafforzano mutualmente.

dirittifondamentali.it